

TE Verg Bescheid 2008/10/30 VKS-7550/08 und VKS-7552/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.10.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2 u. 3

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z5

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §33

WVRG 2007 §35 Abs1

WVRG 2007 §36 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lit a, sublit nn

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §13

BVergG 2006 §14

BVergG 2006 §22

BVergG 2006 §25 Abs10

BVergG 2006 §41

BVergG 2006 §345 und

ABGB §879 Abs1

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 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 41 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 41 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 41 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. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH ***, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend Direktvergaben für Gas- und Wasserinstallationsarbeiten durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, Wiener Wohnen – Direktion Technik/Haustechnik – Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek, rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Wahl der Direktvergabe hinsichtlich der Baustelle 1100 Wien, Kennergasse 10/3/Top 6 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen (VKS-7550/08).
1. 2.Ziffer 2
Die Anträge festzustellen, dass die Vergabe der Aufträge für Sanitärinstallationsarbeiten betreffend die Baustellen 1100 Wien, Bürgergasse 21- 23/4/Top 19 (VKS-7552/08) und 1100 Wien, Kennergasse 10/3/Top 6 (VKS-7550/08) ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer oder Unternehmerinnen direkt an das Unternehmen *** erfolgte und auf Grund der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 offenkundig unzulässig war, werden abgewiesen.
1. 3.Ziffer 3
Die Eventualanträge festzustellen, dass die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder die hiezu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht hinsichtlich der Direktvergaben 1100 Wien, Bürgergasse 21-23/4/Top 19 (VKS-7552/08) und 1100 Wien, Kennergasse 10/3/Top 6 (VKS-7550/08)

rechtswidrig waren, werden abgewiesen.

1. 4.Ziffer 4

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

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2 u. 3, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 5, 25 Abs. 1, 33, 35 Abs. 1, 36 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a, sublit.nn, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 13, 14, 22, 25 Abs. 10, 41, 345 BVergG 2006 und § 879 Abs. 1 ABGB.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, u. 3, 13 Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 5, 25, Absatz eins, 33, 35, Absatz eins, 36, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a,, Sub-Litera, n, n,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 13, 14, 22, 25, Absatz 10, 41, 345, BVergG 2006 und Paragraph 879, Absatz eins, ABGB.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt seit 10.2.2007 ein offenes Verfahren im Oberschwellerbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten in den von ihr in allen 23. Wiener Bezirken verwalteten Wohnhausobjekten. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von 3 Jahren mit der Option auf Verlängerung auf weitere 3 Jahre abgeschlossen werden. Die Ausschreibung ist in mehrere Lose (Gebietseinheiten – GE) gegliedert, für die jeweils Angebote gelegt werden konnten. Die Antragstellerin hat sich an diesem Vergabeverfahren beteiligt und insgesamt für 7 Lose, darunter die Lose KD 09GE4, KD10GE3, 4, 5 und KD17GE1, gelegt.

Mit Schreiben vom 21.12.2007 hat die Antragsgegnerin die Angebote der Antragstellerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Diese Ausscheidungsentscheidung wurde von der Antragstellerin mit Antrag auf Nichtigerklärung angefochten und diesbezüglich vor dem VKS Wien ein Nachprüfungsverfahren zu VKS-3/08 geführt. Mit Bescheid vom 13.3.2008 hat der Senat die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin für nichtig erklärt. In der Folge hat die Antragsgegnerin ihr Vergabeverfahren bezüglich der genannten Lose weiter geführt, bisher aber (nach dem Vorbringen beider Teile im Nachprüfungsverfahren) noch nicht beendet. Hinsichtlich aller anderen Lose wurde an andere Unternehmer der Zuschlag bereits erteilt.

Mit dem am 10.9.2008 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin hinsichtlich des Auftrages betreffend die Baustelle 1100 Wien, Kennergasse 10/3/Top 6, die durch die Antragsgegnerin vorgenommene Wahl der Direktvergabe, in eventu „die Aufforderung zur Angebotsangebote“, für nichtig zu erklären. Damit verbunden ist der diesbezügliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Gleichzeitig begehrt die Antragstellerin in diesem einleitenden Schriftsatz hinsichtlich der Aufträge Baustelle 1100 Wien, Bürgergasse 21-23/4 Top 19 und Baustelle Liechtensteinstraße 31-33/1/Top 20 sowie für den Fall der Auftragserteilung bezüglich der Baustelle 1100 Wien, Kennergasse 10/3/Top 6, mit der Behauptung, diesbezüglich seien unzulässige Direktvergaben vorgenommen worden, jeweils die Feststellungen, dass die jeweiligen Zuschlagserteilungen, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer oder Unternehmerinnen direkt an näher bezeichnete Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 offenkundig unzulässig gewesen war. Hilfsweise wird weiters begehrt festzustellen, dass die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 oder die hiezu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war.

Im Wesentlichen führt die Antragstellerin dazu aus, sie sei seit dem Jahre 1996 nach einer damals erfolgten Ausschreibung Kontrahent der Antragsgegnerin in den Bezirken 9, 10 und 17. Auf Grund des Rahmenvertrages aus dem Jahre 1996, der in der Folge mehrfach verlängert worden sei, sei sie von der Antragsgegnerin bis Mitte Juni 2008 laufend mit Sanitärinstallationsarbeiten auf Grund des Kontrahentenvertrages aus dem Jahre 1996 beschäftigt worden. In den letzten 24 Monaten habe die Klägerin aus diesen Beauftragungen einen Umsatz von ca. EUR netto 3,693.333,-- oder monatlich im Durchschnitt von EUR 153.888,-- erzielt. Die Beauftragung mit Einzelaufträgen sei derart erfolgt, dass die in der jeweiligen Gebietseinheit gelisteten Kontrahenten abwechselnd von den zuständigen Werkmeistern schriftlich beauftragt worden seien. Die Aufträge erfolgten meistens einige Tage vor dem Beginn der Arbeiten. Am 24.6.2008 habe die Antragstellerin erfahren, dass sie nicht mehr Kontrahentin der Antragsgegnerin für Sanitärarbeiten (Gas-Wasserinstallationen) wäre. Ab diesem Zeitpunkt werde die Antragstellerin auch nicht mehr mit der

Durchführung von Sanitärarbeiten durch die Antragsgegnerin beauftragt. Eine Kündigung der Kontrahentenverträge durch die Antragsgegnerin sei nicht erfolgt. Die Antragstellerin vertrete nämlich die Ansicht, dass die Beauftragungen für die Sanitärinstallationsarbeiten weiterhin auf Grundlage des alten Rahmenvertrages erfolgt seien und sie von der Auftraggeberin vertragswidrig nicht abwechselnd mit den übrigen Kontrahenten beauftragt wurde. Sollte die Ansicht der Antragsgegnerin richtig sein, dass der Kontrahentenvertrag nicht mehr bestehe, seien die laufend erfolgten Einzelaufträge in den 3 Bezirken tatsächlich als Direktvergabe zu qualifizieren.

Die Antragstellerin habe Kenntnis, dass in den 3 Bezirken seit der Streichung ihres Unternehmens von der Liste der Auftraggeber mehrfach Einzelaufträge über Sanitärinstallationsarbeiten durch die Antragsgegnerin vergeben wurden, darunter die Baustellen 1100 Wien, Bürgergasse 21-23/6/Top 20, 1100 Wien, Bürgergasse 21-23/4/Top 19, 1090 Wien, Liechtensteinstraße 31-33/1/Top 20, 1100 Wien, Kennergasse 10/3/Top 6. Den Antrag auf Feststellung, dass es sich bei der Vergabe des Auftrages bezüglich der Baustelle 1090 Wien, Liechtensteinstraße 31- 33/1/Top 20 um eine vergaberechtlich unzulässige Direktvergabe gehandelt habe, wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 30.10.2008 zurückgezogen; diese Direktvergabe ist daher nicht mehr Gegenstand des Verfahrens.

Hinsichtlich des Auftrages „Kennergasse“ begehrt die Antragstellerin ausdrücklich als Hauptantrag die Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe als gesondert anfechtbare Entscheidung. Dabei habe es sich um eine offenkundig unzulässige Direktvergabe gehandelt, weshalb der angerufene Senat zur Nichtigerklärung derselben und zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung berufen wäre. Wie dargelegt würde die Antragsgegnerin in den 3 Bezirken formfreie Bauleistungen von jährlich mehr als EUR 5,150.000,-- vergeben. Damit überschreite sie den Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006. Damit sei aber eine Direktvergabe dieser laufend anfallenden Leistungen offenkundig vergaberechtswidrig, was die Nichtigkeit des Vertragsabschlusses nach § 132 Abs. 2 BVergG 2006 nach sich ziehen würde. Sollte jedoch bezüglich des Projektes Kennergasse eine Direktvergabe erfolgt sein, werde hilfsweise die Feststellung deren offenkundigen Unzulässigkeit begehrt. Hinsichtlich des Auftrages „Kennergasse“ begehrt die Antragstellerin ausdrücklich als Hauptantrag die Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe als gesondert anfechtbare Entscheidung. Dabei habe es sich um eine offenkundig unzulässige Direktvergabe gehandelt, weshalb der angerufene Senat zur Nichtigerklärung derselben und zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung berufen wäre. Wie dargelegt würde die Antragsgegnerin in den 3 Bezirken formfreie Bauleistungen von jährlich mehr als EUR 5,150.000,-- vergeben. Damit überschreite sie den Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006. Damit sei aber eine Direktvergabe dieser laufend anfallenden Leistungen offenkundig vergaberechtswidrig, was die Nichtigkeit des Vertragsabschlusses nach Paragraph 132, Absatz 2, BVergG 2006 nach sich ziehen würde. Sollte jedoch bezüglich des Projektes Kennergasse eine Direktvergabe erfolgt sein, werde hilfsweise die Feststellung deren offenkundigen Unzulässigkeit begehrt.

Von der Vergabe Baustelle Bürgergasse habe die Antragstellerin am 11.8.2008 Kenntnis erlangt, weil sie ab dieser Woche an der gleichen Adresse Heizungsarbeiten durchgeführt habe. Von der Wahl des Vergabeverfahrens bezüglich der Baustelle Kennergasse habe die Antragstellerin am 8.9.2008 vom Werkmeister, der an der gleichen Baustelle die Antragstellerin mit Heizungsarbeiten beauftragt habe, erfahren.

Rechtlich führt die Antragstellerin zu den von ihr behaupteten Vergabevorgängen aus, dass „gemäß § 40 Abs. 1 Z 1 BVergG“ (offenbar gemeint § 41 Abs. 2 Z 1 BVergG) diese unzulässig wären, wenn der geschätzte Auftragswert EUR 40.000,-- überschreitet. Ausschlagend sei für die Zulässigkeit der von der Antragsgegnerin laufend vorgenommenen Direktvergaben, ob der geschätzte Auftragswert tatsächlich weniger als EUR 40.000,-- betrage. Sollten die im einleitenden Schriftsatz angeführten Aufträge bereits einzeln diesen Wert überschreiten, sei die Rechtswidrigkeit der Wahl der Direktvergabe, aber auch die damit verbundene direkte Zuschlagserteilung, evident. Dies gelte aber auch dann, wenn der Wert der Einzelaufträge geringer ausfällt. Nach § 13 Abs. 1 BVergG sei Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen sei. Für Bauvorhaben, die in Losen vergeben werden, sehe § 14 Abs. 1 BVergG vor, dass als geschätzter Auftragswert der Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen sei. Die Antragsgegnerin wäre daher verpflichtet gewesen, alle in den betreffenden Bezirken anfallenden Sanitärinstallationsaufträge zusammenzufassen, womit jedenfalls der Auftragswert EUR 40.000,-- deutlich überschritten wäre. Dies umso mehr, als § 22 Abs. 3 BVergG vorschreibe, dass die Wahl der Vergabe eines einzigen Auftrages oder die Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen dürfe, die Anwendung der Vergabegesetze zu umgehen. Es sei daher unzulässig, jeden Einzelauftrag als selbständiges Bauvorhaben zu qualifizieren. Die Antragsgegnerin hätte daher richtiger Weise nicht die Wahl der Direktvergabe

annehmen, bzw. die Leistungen nicht im Wege von Direktvergaben vergeben dürfen. Rechtlich führt die Antragstellerin zu den von ihr behaupteten Vergabevorgängen aus, dass „gemäß Paragraph 40, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG“ (offenbar gemeint Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG) diese unzulässig wären, wenn der geschätzte Auftragswert EUR 40.000,-- überschreitet. Ausschlagend sei für die Zulässigkeit der von der Antragsgegnerin laufend vorgenommenen Direktvergaben, ob der geschätzte Auftragswert tatsächlich weniger als EUR 40.000,-- betrage. Sollten die im einleitenden Schriftsatz angeführten Aufträge bereits einzeln diesen Wert überschreiten, sei die Rechtswidrigkeit der Wahl der Direktvergabe, aber auch die damit verbundene direkte Zuschlagserteilung, evident. Dies gelte aber auch dann, wenn der Wert der Einzelaufträge geringer ausfällt. Nach Paragraph 13, Absatz eins, BVergG sei Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen sei. Für Bauvorhaben, die in Losen vergeben werden, sehe Paragraph 14, Absatz eins, BVergG vor, dass als geschätzter Auftragswert der Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen sei. Die Antragsgegnerin wäre daher verpflichtet gewesen, alle in den betreffenden Bezirken anfallenden Sanitärinstallationsaufträge zusammenzufassen, womit jedenfalls der Auftragswert EUR 40.000,-- deutlich überschritten wäre. Dies umso mehr, als Paragraph 22, Absatz 3, BVergG vorschreibe, dass die Wahl der Vergabe eines einzigen Auftrages oder die Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen dürfe, die Anwendung der Vergabegesetze zu umgehen. Es sei daher unzulässig, jeden Einzelauftrag als selbständiges Bauvorhaben zu qualifizieren. Die Antragsgegnerin hätte daher richtiger Weise nicht die Wahl der Direktvergabe annehmen, bzw. die Leistungen nicht im Wege von Direktvergaben vergeben dürfen.

Die Antragstellerin habe in der Vergangenheit ganz erhebliche Umsätze aus den laufenden Beauftragungen mit Sanitärinstallationsarbeiten erzielt. Sie habe daher ein Interesse an der weiteren laufenden Beauftragung. Der Schaden (Gewinn einschließlich Geschäftsgemeinkosten) sei mit ca. 25 % des jeweiligen Auftragswertes zu beziffern. Daneben entstünden der Antragstellerin Kosten durch die Rechtsverfolgung ihres Anspruches im gegenständlichen Verfahren. Überdies benötige sie Referenzprojekte jener Art, wie sie unzulässiger Weise vergeben wurden. In der durch die Direktvergabe unterbundenen Chance der Antragstellerin auf den Zuschlag in den bisher noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren betreffend die 3 genannten Bezirke liege ebenfalls ein bereits eingetretener Schaden.

Im Zusammenhang mit der von der Antragstellerin begehrten Nichtigserklärung der Wahl der Direktvergabe hinsichtlich des Auftrages Baustelle 1100 Wien, Kennergasse 10/3/Top 6, begehrte sie auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Da der Auftrag bezüglich dieser Baustelle im Wege der Direktvergabe noch vor dem Einlangen des einleitenden Schriftsatzes (10.9.2008) am 8.9.2008 vergeben worden ist, wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des Senates vom 16.9.2008 zurückgewiesen. Diesbezüglich kann auf den beiden Teilen zugegangenen Bescheid verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich.

Mit ihrer Stellungnahme vom 15.9.2008 hat sich die Antragsgegnerin gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und deren Zurückweisung, hilfsweise Abweisung beantragt. In der Sache führt die Antragsgegnerin aus, dass der Antrag auf Nichtigserklärung hinsichtlich der Baustelle 1100 Wien, Kennergasse 10/3/Top 6, deshalb unzulässig wäre, weil bereits der Zuschlag am 8.9.2008 erfolgt sei. Die am 10.9.2008 erfolgte Anfechtung sei daher wegen der bereits erfolgten Zuschlagserteilung längst verfristet. Dem angerufenen Senat käme daher nach § 11 Abs. 3 WVRG 2007 nur mehr eine Feststellungskompetenz zu. Die Auftragssumme habe EUR 5.500,-- netto betragen. Mit den Arbeiten sei bereits am 11.9.2008 begonnen worden. Auch für die Baustelle 1100 Wien, Bürgergasse 21-23/4/Top 19 sei bereits der Zuschlag mit einer Auftragssumme von EUR 5.000,-- am 26.6.2008 erteilt worden. Mit ihrer Stellungnahme vom 15.9.2008 hat sich die Antragsgegnerin gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und deren Zurückweisung, hilfsweise Abweisung beantragt. In der Sache führt die Antragsgegnerin aus, dass der Antrag auf Nichtigserklärung hinsichtlich der Baustelle 1100 Wien, Kennergasse 10/3/Top 6, deshalb unzulässig wäre, weil bereits der Zuschlag am 8.9.2008 erfolgt sei. Die am 10.9.2008 erfolgte Anfechtung sei daher wegen der bereits erfolgten Zuschlagserteilung längst verfristet. Dem angerufenen Senat käme daher nach Paragraph 11, Absatz 3, WVRG 2007 nur mehr eine Feststellungskompetenz zu. Die Auftragssumme habe EUR 5.500,-- netto betragen. Mit den Arbeiten sei bereits am 11.9.2008 begonnen worden. Auch für die Baustelle 1100 Wien, Bürgergasse 21-23/4/Top 19 sei bereits der Zuschlag mit einer Auftragssumme von EUR 5.000,-- am 26.6.2008 erteilt worden.

Die Antragstellerin könne durch die Erteilung der Aufträge im Wege der Direktvergabe auch nicht in Rechten verletzt

worden sein, weil einem Unternehmer kein subjektives Recht auf Direktvergabe zukomme. Auch aus diesen Gründen sei sowohl der Nichtigerklärungsantrag als auch der Feststellungsantrag als unzulässig und zurückzuweisen.

Der von der Antragstellerin erwähnte „Alte Rahmenvertrag“ sei mit der (damals zuständigen) MA 34 betreffend Gas-Wasserinstallationsarbeiten zustande gekommen. Dieser Vertrag sei bis 31.12.1998 befristet gewesen und wurde einmal von der (damals zuständigen) MA 23 bis 31.12.2000 verlängert. Seit 1.1.2001 bestehe für die per 1.1.2000 gegründete Unternehmung „Stadt Wien-Wiener Wohnen“ kein laufender Rahmenvertrag betreffend Gas- und Wasserinstallationsarbeiten mehr. Es sei auch die von der Antragstellerin behauptete „stillschweigende Vertragsverlängerung“ mit den bisherigen Kontrahenten nicht erfolgt. Vielmehr habe die Antragsgegnerin ab 1.1.2001 die anfallenden Gas- und Wasserinstallationsarbeiten – dies freilich nur, sofern die Direktvergabeschwelle je Auftrag nicht erreicht würde – im Wege der Direktvergabe vergeben.

Jeweils mit Schriftsatz vom 24.9.2008 ist jenes Unternehmen, dass im Wege der Direktvergabe die Gas- und Wasserinstallationsarbeiten an den Objekten „Kennergasse“ und „Bürgergasse“ durchgeführt hat, in das Verfahren als Teilnahmeberechtigte eingetreten. In Übereinstimmung mit der Antragsgegnerin hat dieses Unternehmen ausgeführt, dass der Auftrag „Bürgergasse“ am 26.6.2008 mit einer Auftragssumme von rund EUR 5.000,-- und der Auftrag „Kennergasse“ am 8.9.2008 mit einer Auftragssumme von rund EUR 5.500,-- netto erteilt worden sei. Der Auftrag „Bürgergasse“ sei weitgehend abgeschlossen.

In einer weiteren Stellungnahme vom 25.9.2008 hat die Antragsgegnerin ihren Standpunkt unter Anschluss von zahlreichen Urkunden ausführlich dargelegt. Unter Darlegung der historischen Entwicklung hat die Antragsgegnerin insbesondere ausgeführt, dass mit Ablauf des 31.12.2000 der „alte Rahmenvertrag betreffend laufende Arbeiten an Gas-/Wasser-/Sanitäreinrichtungen (im Folgenden: „alter G/W/S-Rahmenvertrag“) nach einer einmaligen Verlängerung im Jahre 1998 endgültig am 31.12.2000 abgelaufen ist. Eine Verlängerung mit den seinerzeitigen Kontrahenten, darunter der Antragstellerin, sei weder mündlich noch schriftlich noch konkludent erfolgt. Die angefallenen Arbeiten seien ab diesem Zeitpunkt im Einzelfall im Wege der Direktvergabe vergeben worden. Dazu habe die Antragsgegnerin eine Liste der in Betracht kommenden Unternehmer erstellt. Die Einzelbeauftragungen eines solcherart erfassten Unternehmers sei nach Ermessen erfolgt. Ein konkreter Einzelauftrag habe sich dabei an den Bestimmungen des Leistungskataloges GW0006 (Preisbasis 15.2.2000) des „alten G/W/S-Rahmenvertrages“ orientiert. Damit habe die Antragsgegnerin ihren prospektiven Auftragnehmern zu erkennen gegeben, dass sie Direktvergaben nur zu bestimmten Bedingungen (also im Wesentlichen zu den Bedingungen des alten Rahmenvertrages als Abrechnungsgrundlage) erhalten können. Dies sei deshalb notwendig gewesen, weil eine Detailverhandlung jedes einzelnen dieser „Bagatellaufträge“ angesichts des Umstandes, dass die Antragsgegnerin jedes Jahr hunderttausende ähnliche Beschaffungsvorgänge habe, administrativ schlicht nicht zu bewältigen gewesen wären. Da der alte „G/W/S-Rahmenvertrag“ nicht verlängert worden ist, sei auch keine „automatische“ Indexierung der Preisbasis 15.2.2000 zugestanden. Anpassungen dieser Preisbasis seien nur über ausdrückliches Verlangen des einzelnen Unternehmers und auch dann nur für diesen einzelnen Unternehmer vorgenommen worden. Sie wurden generell auch nicht allen in Betracht kommenden Unternehmern mitgeteilt. Sei ein Unternehmen nicht bereit gewesen, zu den vorgegebenen Konditionen zu arbeiten, sei der Auftrag an einen anderen geeigneten Unternehmer direkt vergeben worden.

Neben dem „alten G/W/S-Rahmenvertrag“ habe die damals zuständige MA 17 im Jahr 1997 eine öffentliche Ausschreibung betreffend laufende Zentralheizungs- bzw. Warmwasserspeichereinbauarbeiten in Leerwohnungen durchgeführt (in der Folge kurz „alter ZH/WWS-Rahmenvertrag“). Die Vertragsdauer dieses Rahmenvertrages sei mit 31.12.1998 befristet gewesen, die angebotenen Preise hätten bis 31.12.1998 als Festpreise gegolten. Insgesamt seien 50 Vertragspartner ausgewählt worden, die einzelnen Bezirken zugeordnet wurden, wobei in jedem Bezirk mehrere Unternehmer als Vertragsunternehmer bestellt wurden. So habe die Antragstellerin am 16.7.1997 den Zuschlag für die Bezirke 9, 10 und 17 erhalten. Neben der Antragstellerin seien im 9. Bezirk insgesamt 8, im 10. Bezirk insgesamt 12 und im 17. Bezirk insgesamt 8 weitere Vertragsunternehmer bestellt worden. Der „alte ZH/WWS-Rahmenvertrag“ sei jährlich mit den bisherigen Vertragsunternehmern um jeweils ein Jahr verlängert worden, wobei gleichzeitig jährlich die geänderte Preisbasis bekannt gegeben worden sei. Eine Vertragsverlängerung sei ausschließlich nur mit den bisherigen Vertragsunternehmern erfolgt, nicht mehr geeignete Unternehmer seien gestrichen worden, jedoch neue Unternehmer nicht aufgenommen worden. Letztmalig wurde der „alte ZH/WWS-Rahmenvertrag“ mit Schreiben vom 16.7.2004, allerdings unbefristet bis zur Neuvergabe der Leistungen mit Rahmenverträgen, verlängert. Die Antragstellerin habe diese Verlängerungen sowie die Bereitschaft zur Leistungserbringung mit Schreiben vom

21.7.2004 zuletzt bestätigt. Damit sei die Antragstellerin für diese Arbeiten auf Grund des verlängerten „alten ZH/WWS-Rahmenvertrages" weiterhin in den Bezirken 9, 10 und 17 als Vertragspartner von der Antragsgegnerin herangezogen worden. Die Antragstellerin werde auf Grund dieses aufrechten Vertragsverhältnisses auch nach wie vor mit Heizungsinstallationsleistungen beauftragt.

Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass sie mit Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vom 10.2.2007 die beabsichtigte Vergabe eines „neuen Rahmenvertrages für Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten" bekannt gemacht habe, obwohl ihrer Ansicht nach auch die Direktvergabe von Einzelaufträgen vergaberechtlich möglich wäre. Der Zuschlag für die Gebietsteile KD09GE4, KD10GE3-5, KD11GE5, KD12GE5 und KD17GE1 habe noch nicht erteilt werden können, weil diesbezüglich die Prüfung der von der Antragstellerin gelegten Angebote mangels entsprechender Mitwirkung der Antragstellerin bisher noch nicht abgeschlossen hätten werden können. Diesbezüglich verweist die Antragsgegnerin auf das Vorverfahren zur Zahl VKS-3/08. Die Antragsgegnerin sei daher genötigt bis zum Abschluss des neuen Rahmenvertrages für diese Gebietseinheiten die anfallenden Gas-/Wasser- /Sanitärarbeiten, seien es erforderliche Gebrechensbehebungen oder aber Wohnungssanierungen bzw. Aufkategorisierungen, im Wege der Direktvergabe zu beauftragen. Heizungsinstallationsleistungen würden jedoch bis zum Abschluss des „neuen" Rahmenvertrages auf Grund der Weitergeltung des „alten ZH/WWS-Rahmenvertrages" vergeben, darunter auch an die Antragstellerin.

Zu den von der Antragstellerin bekämpften Direktvergaben führt die Antragsgegnerin aus, dass die Baustelle „Kennergasse" bereits am 8.9.2008 mündlich, am 9.9.2008 mit Auftragschein auch schriftlich beauftragt wurde. Der Auftragswert betrage EUR 5.000,-- netto. Der Auftrag „Bürgergasse" sei bereits am 26.6.2008 erteilt worden. Der Auftragswert betrage EUR 5.000,--. In beiden Fällen handle es sich um die Neuinstallation von Bad und Küchen, das Aufstellen einer Duschtasche und die damit im Zusammenhang stehenden Demontagen. Eine Zusammenrechnung dieser Bauvorhaben habe nicht zu erfolgen gehabt, weil, wie bereits den einzelnen Auftragscheinen zu entnehmen sei, die Beauftragungen vollkommen unabhängig voneinander wären. Es würden sowohl die Anschriften, die beauftragten Leistungen, die Auftragswerte, die jeweiligen Auftragnehmer und die Leistungsdauer differieren. Die Beauftragung sei jeweils nach Bedarf (insbesondere Freiwerden der einzelnen Wohnungen und Sanierungsbedarf) erfolgt. Ob und welche weiteren Gas-/Wasser- /Sanitärinstallations-Leistungen zu welchem Zeitpunkt in anderen Wohnhausanlagen der Antragsgegnerin anfallen würden, sei zum jeweiligen Beauftragungszeitpunkt nicht vorhersehbar gewesen. Es handle sich bei diesen Direktbeauftragungen eben nicht um einen einheitlichen Auftrag.

Dazu hat die Antragstellerin mit Replik vom 28.10.2008 Stellung genommen und ihre bereits bekannten Standpunkte wiederholt. In diesem Schriftsatz thematisiert sie abermals die Frage, ob die Einzelaufträge von der Antragsgegnerin „im Sinn des § 22 Abs. 3 BVergG getrennt vergeben werden dürfen". Nach Ansicht der Antragstellerin kommt es für die Beurteilung der Zusammenrechnung von Einzelbeauftragungen entscheidend darauf an, dass die Antragsgegnerin stets zu den gleichen Bedingungen mit dem im Wesentlichen gleichen Unternehmerkreis über gleichartige Leistungen kontrahiert. § 22 Abs. 1 BVergG gestatte es zwar grundsätzlich dem Auftraggeber zu entscheiden, ob er Leistungen gemeinsam oder getrennt vergibt, diese Wahl dürfe jedoch nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung des Vergabegesetzes zu umgehen. Aus den Materialien ergebe sich, dass die Entscheidung nach wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkten zu treffen sei. Da die Antragsgegnerin bis zum 31.12.2000 und bei den künftigen Beauftragungen nach der neuen Rahmenvertragsausschreibung davon ausgehe, dass eine einheitliche Auftragsvergabe notwendig und zweckmäßig sei, sei es völlig unglaublich, dass sich in den Jahren zwischen den schriftlichen Rahmenverträgen diese Beurteilung geändert haben sollte, vor allem dann, wenn – nach dem Vorbringen der Auftraggeberin – ohnehin zu den Bedingungen des alten G/W/S-Rahmenvertrages die Beauftragungen erfolgen. Weiterhin hält die Antragstellerin ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe bezüglich der Baustelle „Kennergasse" für gerechtfertigt, weil ihrer Ansicht nach die erteilten Aufträge zusammenzurechnen gewesen wären. In diesem Fall hätte die Antragsgegnerin eine Zuschlagsentscheidung treffen müssen, die wiederum mit Nichtigerklärungsantrag bekämpft hätte werden können. Die besondere Feststellungskompetenz des § 33 Abs. 1 Z 4 WVRG 2007 betreffend die offenkundige Unzulässigkeit der Zuschlagserteilung ändere nichts am Umstand, dass weiterhin die Wahl der Direktvergabe im Wege eines Nichtigerklärungsverfahrens bekämpft werden könne und die absolute Nichtigkeit der Zuschlagserteilung gemäß § 132 Abs. 2 BVergG weiterhin bestehe. Soweit die Antragsgegnerin den Standpunkt vertrete, dass der Antragstellerin durch die Direktvergabe kein Schaden entstehen könne, weil sie keinen Anspruch auf Direktvergabe habe, sei dem zu entgegnen, dass durch die vergaberechtswidrige Wahl der

Direktvergabe der Schaden „folglich in der (vergebenen) Chance auf Teilnahme an einem förmlichen Vergabeverfahren" liege. Selbst wenn kein Anspruch eines Unternehmers auf Direktvergabe vorläge, bestünde jedenfalls ein Anspruch auf Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens bzw. auf Teilnahme an einem solchen Verfahren. Im anderen Fall würden die Bestimmungen zur Feststellung, dass die Wahl der Direktvergabe rechtswidrig war bzw. dass eine Zuschlagserteilung offenkundig unzulässig war, ihren Anwendungsbereich verlieren, weil einem Unternehmer, dem der Auftrag nicht im Wege der Direktvergabe erteilt wurde, dann niemals ein Schaden – mangels Teilnahme an der Direktvergabe – entstehen könnte. Dazu hat die Antragstellerin mit Replik vom 28.10.2008 Stellung genommen und ihre bereits bekannten Standpunkte wiederholt. In diesem Schriftsatz thematisiert sie abermals die Frage, ob die Einzelaufträge von der Antragsgegnerin „im Sinn des Paragraph 22, Absatz 3, BVergG getrennt vergeben werden dürfen". Nach Ansicht der Antragstellerin kommt es für die Beurteilung der Zusammenrechnung von Einzelbeauftragungen entscheidend darauf an, dass die Antragsgegnerin stets zu den gleichen Bedingungen mit dem im Wesentlichen gleichen Unternehmerkreis über gleichartige Leistungen kontrahiert. Paragraph 22, Absatz eins, BVergG gestatte es zwar grundsätzlich dem Auftraggeber zu entscheiden, ob er Leistungen gemeinsam oder getrennt vergibt, diese Wahl dürfe jedoch nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung des Vergabegesetzes zu umgehen. Aus den Materialien ergebe sich, dass die Entscheidung nach wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkten zu treffen sei. Da die Antragsgegnerin bis zum 31.12.2000 und bei den künftigen Beauftragungen nach der neuen Rahmenvertragsausschreibung davon ausgehe, dass eine einheitliche Auftragsvergabe notwendig und zweckmäßig sei, sei es völlig unglaublich, dass sich in den Jahren zwischen den schriftlichen Rahmenverträgen diese Beurteilung geändert haben sollte, vor allem dann, wenn – nach dem Vorbringen der Auftraggeberin – ohnehin zu den Bedingungen des alten G/W/S-Rahmenvertrages die Beauftragungen erfolgen. Weiterhin hält die Antragstellerin ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe bezüglich der Baustelle „Kennergasse" für gerechtfertigt, weil ihrer Ansicht nach die erteilten Aufträge zusammenzurechnen gewesen wären. In diesem Fall hätte die Antragsgegnerin eine Zuschlagsentscheidung treffen müssen, die wiederum mit Nichtigerklärungsantrag bekämpft hätte werden können. Die besondere Feststellungskompetenz des Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 4, WVRG 2007 betreffend die offenkundige Unzulässigkeit der Zuschlagserteilung ändere nichts am Umstand, dass weiterhin die Wahl der Direktvergabe im Wege eines Nichtigerklärungsverfahrens bekämpft werden könne und die absolute Nichtigkeit der Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 132, Absatz 2, BVergG weiterhin bestehe. Soweit die Antragsgegnerin den Standpunkt vertrete, dass der Antragstellerin durch die Direktvergabe kein Schaden entstehen könne, weil sie keinen Anspruch auf Direktvergabe habe, sei dem zu entgegnen, dass durch die vergaberechtswidrige Wahl der Direktvergabe der Schaden „folglich in der (vergebenen) Chance auf Teilnahme an einem förmlichen Vergabeverfahren" liege. Selbst wenn kein Anspruch eines Unternehmers auf Direktvergabe vorläge, bestünde jedenfalls ein Anspruch auf Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens bzw. auf Teilnahme an einem solchen Verfahren. Im anderen Fall würden die Bestimmungen zur Feststellung, dass die Wahl der Direktvergabe rechtswidrig war bzw. dass eine Zuschlagserteilung offenkundig unzulässig war, ihren Anwendungsbereich verlieren, weil einem Unternehmer, dem der Auftrag nicht im Wege der Direktvergabe erteilt wurde, dann niemals ein Schaden – mangels Teilnahme an der Direktvergabe – entstehen könnte.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite samt Beilagen mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 30.10.2008 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie verwaltet die von der Stadt Wien errichteten Wohnhäuser in allen 23 Wiener Gemeindebezirken. Es handelt sich dabei um rund 220.000 Wohnungen. Im Zusammenhang mit ihrer Verwaltungstätigkeit hat die seinerzeit zuständige Magistratsabteilung 34 im Jahr 1995 eine öffentliche Ausschreibung betreffend laufende Arbeiten an Gas-/Wasser-/Sanitäreinrichtungen in den städtischen Objekten der Bezirke 1 bis 23, ausgenommen Krankenanstalten, Pflegeheime, Zentralwäscherei, Sommerbad Gänsehäufel und Umbauarbeiten im Zuge des U-Bahnausbaues durchgeführt. An dieser Rahmenvertragsausschreibung hat sich unter anderem auch die Antragstellerin beteiligt und am 21.1.1996 – neben mehreren anderen Unternehmern – den Zuschlag als Vertragsunternehmer für die Bezirke 9, 10 und 17 erhalten. Der „alte GWS-Rahmenvertrag" war zunächst mit 31.12.1998 befristet. Er wurde von der damals zuständigen Magistratsabteilung 23 bis 31.12.2000 verlängert. Diese Vertragsverlängerung ist unter anderem auch mit dem Einverständnis der Antragstellerin erfolgt. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3,

Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie verwaltet die von der Stadt Wien errichteten Wohnhäuser in allen 23 Wiener Gemeindebezirken. Es handelt sich dabei um rund 220.000 Wohnungen. Im Zusammenhang mit ihrer Verwaltungstätigkeit hat die seinerzeit zuständige Magistratsabteilung 34 im Jahr 1995 eine öffentliche Ausschreibung betreffend laufende Arbeiten an Gas-/Wasser-/Sanitäreinrichtungen in den städtischen Objekten der Bezirke 1 bis 23, ausgenommen Krankenanstalten, Pflegeheime, Zentralwäscherei, Sommerbad Gänsehäufel und Umbauarbeiten im Zuge des U-Bahnausbaues durchgeführt. An dieser Rahmenvertragsausschreibung hat sich unter anderem auch die Antragstellerin beteiligt und am 21.1.1996 – neben mehreren anderen Unternehmern – den Zuschlag als Vertragsunternehmer für die Bezirke 9, 10 und 17 erhalten. Der „alte GWS-Rahmenvertrag“ war zunächst mit 31.12.1998 befristet. Er wurde von der damals zuständigen Magistratsabteilung 23 bis 31.12.2000 verlängert. Diese Vertragsverlängerung ist unter anderem auch mit dem Einverständnis der Antragstellerin erfolgt.

Zum 1.1.2000 wurde die Unternehmung „Stadt Wien – Wiener Wohnen“ gegründet, deren Zweck die Sanierung und Bewirtschaftung der bis dahin von der Magistratsabteilung 17 verwalteten städtischen Wohnhäuser sowie die Errichtung, Sanierung und Bewirtschaftung neuer städtischer Wohnhäuser ist (VO des Gemeinderates, mit der ein Statut für die Unternehmung „Stadt Wien – Wiener Wohnen“ erlassen wird, ABl 1999/20). Der mit Ablauf des 31.12.2000 zu Ende gegangene „alte G/W/S-Rahmenvertrag“ ist in der Folge von der Antragsgegnerin weder mündlich, schriftlich noch durch konkludente Handlung verlängert worden. Zum 1.1.2000 wurde die Unternehmung „Stadt Wien – Wiener Wohnen“ gegründet, deren Zweck die Sanierung und Bewirtschaftung der bis dahin von der Magistratsabteilung 17 verwalteten städtischen Wohnhäuser sowie die Errichtung, Sanierung und Bewirtschaftung neuer städtischer Wohnhäuser ist (VO des Gemeinderates, mit der ein Statut für die Unternehmung „Stadt Wien – Wiener Wohnen“ erlassen wird, Amtsblatt 1999/20). Der mit Ablauf des 31.12.2000 zu Ende gegangene „alte G/W/S-Rahmenvertrag“ ist in der Folge von der Antragsgegnerin weder mündlich, schriftlich noch durch konkludente Handlung verlängert worden.

Neben dem „alten GWS-Rahmenvertrag“ aus 1995 hat die damals zuständige Magistratsabteilung 17 im Jahr 1997 eine öffentliche Ausschreibung betreffend die laufende Zentralheizungs- bzw. Warmwasserspeichereinbauarbeiten in Leerwohnungen durchgeführt. Die Vertragsdauer war mit 31.12.1998 befristet, die angebotenen Preise galten bis zu diesem Stichtag als Festpreise. Als Ergebnis dieses Vergabeverfahrens wurden 50 Vertragsunternehmer, darunter auch die Antragstellerin, ausgewählt und bezirksweise zugeordnet. In jedem Bezirk waren mehrere Unternehmer als Vertragsunternehmer zugeordnet. Die Antragsstellerin wurde mit Schreiben vom 16.7.1997 der Zuschlag für die Bezirke 9, 10 und 17 (neben anderen Unternehmern) erteilt. So waren im 9. Bezirk insgesamt 8, im 10. Bezirk insgesamt 12 und im 17. Bezirk insgesamt 8 weitere Vertragsunternehmer bestellt. Der „alte ZH/WWS-Rahmenvertrag“ wurde jährlich (ab 1.1.2001 durch die Antragsgegnerin) mit den Vertragsunternehmern um jeweils ein Jahr verlängert, gleichzeitig wurde jährlich die geänderte Preisbasis bekannt gegeben. Die Vertragsverlängerung erfolgte nur mit den bisherigen Vertragsunternehmern, nicht länger geeignete Unternehmen wurden ausgeschieden, jedoch keine neuen Unternehmer aufgenommen. Letztmalig erfolgte eine Verlängerung des „alten Heizungsrahmenvertrages“ mit Schreiben vom 16.7.2004 an alle bisherigen Vertragsunternehmer und zwar unbefristet bis zur Neuvergabe der Leistungen. Die Antragstellerin hat dieser Verlängerung zuletzt mit Schreiben vom 21.7.2004 zugestimmt. Auf Grund dieser zuletzt unbefristeten Vertragsverlängerung besteht zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin für die Bezirke 9, 10 und 17 ein aufrechtes Vertragsverhältnis auf Grund dessen die Antragstellerin auch noch während des Nachprüfungsverfahrens mit Heizungsinstallationsleistungen beauftragt wurde.

Anfang des Jahres 2007 (Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vom 10.2.2007) hat die Antragsgegnerin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsarbeiten in dem von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Wohnhausobjekten eingeleitet. An diesem Vergabeverfahren hat sich auch die Antragstellerin durch Legung von Angeboten für 7 Lose beteiligt. Mit Schreiben vom 12.12.2007 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, die von ihr gelegten Angebote auszuscheiden. Diese Ausscheidungsentscheidung wurde von der Antragstellerin rechtzeitig mit Antrag auf Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens bekämpft. Mit Bescheid des VKS-Wien vom 13.3.2008, VKS-3/08, wurde dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung stattgegeben und die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin betreffend die Angebote der Antragstellerin für die Gebietsteile (Lose) KD09GE4, KD10GE3, 4, 5, KD11GE5, KD12GE5 KD17GE1 für nichtig erklärt. Für alle anderen Lose konnte die Antragsgegnerin Zuschläge an andere Unternehmer erteilen, sodass diesbezüglich die ausgeschriebenen Leistungen auf der Grundlage der für 3 Jahre geltenden

Rahmenverträge vergeben werden können. Hinsichtlich jener Lose, bezüglich derer die seinerzeitige Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin für nichtig erklärt worden ist, ist das Vergabeverfahren weiterhin anhängig, sodass für diese Lose gültige Rahmenverträge derzeit nicht bestehen.

Bis zum Ablauf des alten Rahmenvertrages mit 31.12.2000 wurden jeweils die Preise des Rahmenvertrages jährlich entsprechend der Entwicklung des Preisindex angepasst. Die letztgültige auf Grund der automatischen Indexierung festgelegte Preisbasis stammt vom 15.2.2000. Anpassungen dieser Preisbasis wurden in der Folge nur über ausdrückliches Verlangen der einzelnen Unternehmer und auch dann nur für diese einzelnen Unternehmer vorgenommen. Die Preisanpassungen sind nicht generell allen in Betracht kommenden Unternehmern mitgeteilt worden. War ein Unternehmer nicht bereit zu den vorgegebenen Konditionen zu arbeiten, so wurde der Auftrag an einen anderen geeigneten Unternehmer direkt vergeben.

Da der alte Rahmenvertrag am 31.12.2000 ausgelaufen ist, eine mündliche, schriftliche oder konkludente Vertragsverlängerung nicht vorgenommen wurde und auch noch keine neuen Rahmenverträge abgeschlossen waren, hat die Antragsgegnerin die in den 3 Bezirken anfallenden Gas-/Wasser-Sanitärinstallationen, sofern die Auftragswerte unter der Direktvergabeschwelle lagen, im Einzelfall im Wege der Direktvergabe vergeben. Dazu wurde eine Liste von in Betracht kommenden und geeigneten Unternehmern, die in der Regel bezirksweise zugeordnet wurden, wobei für jeden Bezirk mehrere Unternehmer erfasst wurden, angelegt. Die Liste wird laufend „gewartet“, nicht mehr in Betracht kommende Unternehmer werden heraus – und „Neu“Unternehmer werden aufgenommen.

Der konkrete Einzelauftrag orientiert sich weiterhin an den Bestimmungen des Leistungskataloges GW006 mit der Preisbasis 15.2.2000 des „alten GWS-Rahmenvertrages“. Damit gibt die Antragsgegnerin interessierten Auftragnehmern zu erkennen, dass sie Direktvergaben nur zu bestimmten Bedingungen, also im Wesentlichen zu den Bedingungen des alten Rahmenvertrages als Abrechnungsgrundlage erhalten können. Bei den Direktvergaben werden die Arbeiten von der Antragsgegnerin anhand der Bestimmungen des Leistungskataloges des alten Rahmenvertrages vorgegeben, ebenso der Preis. Ist das einzelne Unternehmen bereit, seine Leistungen zu diesen Preisen zu erbringen, so erhält es den Auftrag. Die Auftragserteilung erfolgt in der Regel im Rahmen von Baubesprechungen an Ort und Stelle verbunden mit einer nachträglichen, schriftlichen Auftragserteilung.

In dieser Auftragserteilung werden unter anderem festgehalten die Auftragsnummer, die Auftragskennzahl, der Leistungsort, die Art der Leistung, die geschätzte Auftragssumme, der Arbeitsbeginn, die Leistungsfrist sowie der Vermerk, dass dann, wenn „mit der Arbeitsdurchführung eine Erhöhung von mehr als 20 % der angeführten Kosten verbunden sein (sollte), um Rücksprache mit dem Unterfertigten ersucht“ wird. Gefertigt ist dieses Auftragschreiben durch den jeweiligen Sachbearbeiter. Das Auftragsformular sieht auch eine Zeile „Vergabegrundlage“ vor. In einigen, im Zuge des Verfahrens vorgelegten Auftragschreiben ist in dieser Zeile als Vergabegrundlage angeführt „Rahmenvertrag“, in anderen Auftragschreiben ist kein entsprechender Vermerk gesetzt. Die Einzelaufträge werden von der Antragsgegnerin immer dann vergeben, wenn in einer bestimmten Wohnhausanlage eine bestimmte Wohnung frei geworden ist. Soweit Sanierungsarbeiten oder Aufkategorisierungen erforderlich sind, trachtet die Antragsgegnerin diese Arbeiten möglichst rasch zu beauftragen und durchzuführen. Ziel ist eine möglichst rasche Wiedervermietung der frei gewordenen Wohnung. Die für diese Arbeiten anfallenden Kosten werden aus dem Erhaltungsbeitrag „des einzelnen Hauses (Objekt)“ abgedeckt und nicht einem Sanierungsbudget eines Kundendienstzentrums entnommen.

Mit Auftragschreiben vom 26.5.2008 hat die Antragsgegnerin dem Unternehmen „***“ für das Objekt Wien 10, Bürgergasse 21-23/4/19, folgende Leistungen in Auftrag gegeben:

„Leerwohnung Nr. 62 Aufkat! KW26

Demontagen wurden bereits durchgeführt!!!!!!

Neuinstallation Bad (Dusche und Küche KW30)

Duschtasse aufstellen ca. KW37

Komplettierungsarbeiten durchführen ca KW 41".

Die Auftragssumme ist mit EUR 5.000,-- netto, der Arbeitsbeginn mit 24.7.2008 und die Leistungsfrist mit 10 Arbeitstagen angegeben. Die Zeile Vergabegrundlage enthält keine Eintragung. Mit den Arbeiten wurde am 4.8.2008 begonnen. Von diesen Arbeiten hat die Antragstellerin am 11.8.2008 (KW33) Kenntnis erlangt, weil sie ab dieser Woche

an der gleichen Anschrift Heizungsarbeiten (offenbar auf Grundlage des „ZH/WWS-Rahmenvertrages“) durchgeführt hat.

Am 8.9.2008 hat im Zuge einer Besprechung an Ort und Stelle die Antragsgegnerin dem Unternehmen „***“ die Durchführung von Arbeiten am Objekt Wien 10, Kennergasse 10/3/6 erteilt. Die schriftliche Auftragsbestätigung vom 9.9.2008 hält die Leistungen wie folgt fest:

„Leerwohnung Nr. 85 Aufkat! KW 37

Demontagen KW 37

Neuinstallation Bad (Dusche) und Küche KW41

Duschtasse aufstellen ca KW 47

Komplettierungsarbeiten durchführen ca KW 51“.

Als Auftragssumme ist ein Betrag von EUR 5.500,-- netto, als Arbeitsbeginn der 3.10.2008, als Leistungsfrist 10 Arbeitstage festgehalten. Die Zeile Vergabegrundlage wurde nicht ausgefüllt. Bei der Besprechung in der Leerwohnung am 8.9.2008 hat auch ein Vertreter der Antragstellerin („der Heizungsinstallateur“) teilgenommen. Von der Vergabe dieser Leistungen hat die Antragstellerin sohin am 8.9.2008 Kenntnis erlangt (Beilage B zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 15.9.2008).

Die Antragstellerin hat mit dem einleitenden Schriftsatz unter anderem 4 Kopien von an sie adressierten Auftragsschreiben vorgelegt, in denen in der Spalte „Vergabegrundlage“ das Wort „Rahmenvertrag“ eingesetzt ist.

Im einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin 4 weitere von ihr jedoch nicht bekämpfte Direktvergaben geltend gemacht und zwar die Baustellen Wien 10, Bürgergasse 21 bis 23/6 Top 20, 1090 Wien, Gussenbaurgasse 5-7/4/Top 3, 1090 Wien, Heiligenstädter Straße 4/4 Top 4 und 1090 Wien, Liechtensteinstraße 93/1/Top

1. 6.Ziffer 6

Obwohl diese Direktvergaben von der Antragstellerin nicht mit einem Feststellungsantrag bekämpft wurden, hat die Antragsgegnerin dazu ausgeführt, dass es sich tatsächlich um Direktvergaben mit einem jeweiligen Auftragswert zwischen EUR 500,-- und EUR 6.000,-- gehandelt hat. Die Aufträge bezüglich dieser 4 Objekte sind im Zeitraum vom 26.6.2008 bis 3.9.2008 erfolgt. Die Beauftragungen sind jeweils nach Bedarf, insbesondere dem Freiwerden der einzelnen Wohnungen und dem gegebenen Sanierungsbedarf erfolgt. Es variieren sowohl die Anschriften als auch die beauftragten Leistungen, die Auftragswerte und die jeweiligen Auftragnehmer.

Ursprünglich hat die Antragstellerin auch die Feststellung begehrt, dass die Direktvergabe hinsichtlich des Objektes 1090 Wien, Liechtensteinstraße 31- 33/1/Top 20 rechtswidrig war. Dieses Feststellungsbegehren wurde von ihr in der mündlichen Verhandlung vom 30.10.2008 zurückgenommen (Protokoll Seite 10). Von der Vergabe der Leistungen betreffend die Baustelle Bürgergasse hat die Antragstellerin am 18.8.2008, von der Direktvergabe betreffend die Baustelle Kennergasse am 8.9.2008 Kenntnis erlangt. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung bzw. Feststellung ist am 10.9.2008 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich sind entrichtet worden, die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist erfolgt.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen auf Grund der von den Parteien vorgelegten Urkunden sowie dem Vorbringen in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung. Zunächst war auf Grund der von der Antragsgegnerin vorgelegten Kopie der Auftragserteilung sowie dem E-Mailausdruck vom 15.9.2008 (Beilagen A und B zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 15.9.2008) festzustellen, dass der Auftrag Kennergasse von der Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Besprechung am 8.9.2008 erteilt und am 9.9.2008 schriftlich bestätigt wurde. Aus diesen vorgelegten Beilagen ergibt sich auch, dass bei der Besprechung an Ort und Stelle auch ein Vertreter der Antragstellerin (Heizungsinstallateur) teilgenommen hat. Dass der Auftrag betreffend die Baustelle Bürgergasse am 26.6.2008 erteilt wurde, als Arbeitsbeginn jedoch der 24.7.2008 festgelegt war, ergibt sich aus dem Auftragsschreiben Beilage C, dessen inhaltliche Richtigkeit von der Antragstellerin nicht bestritten wurde. Dass die Antragstellerin von dieser Beauftragung erst am 18.8.2008 Kenntnis erlangt hat, ist weder durch ein Vorbringen der Antragsgegnerin noch durch die Aktenlage widerlegt. Der Standpunkt der Antragstellerin, dass der „alte G/W/S-Rahmenvertrag“ aus dem Jahre 1995 zumindest für die Bezirke 9, 10 und 17 zumindest auf Grund konkludenter Handlungen der

Antragsgegnerin noch in Geltung stünde, ist weder durch die vorgelegten Urkunden noch durch ein sonstiges Beweisergebnis gerechtfertigt. Gerade mit dem Hinweis darauf, dass der aus dem Jahre 1997 stammende „alte Heizungs-Rahmenvertrag“ jeweils schriftlich und im Einverständnis mit den Vertragsunternehmern verlängert wurde, zuletzt mit Schreiben vom 21.7.2004 unbefristet, eine derartige Vorgangsweise jedoch nach Ablauf des „alten G/W/S-Rahmenvertrages“ nicht gewählt wurde, spricht eindeutig dafür, dass eine mündliche oder konkludente Vertragsverlängerung dieses Vertrages nicht erfolgte. Der Darstellung der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 30.10.2008, wonach bei der Leistungsvergabe für Sanitärleistungen der Leistungskatalog des alten Rahmenvertrages als Grundlage für die Leistungsbeschreibung genommen wird, konnte durch die Antragstellerin nicht widerlegt werden. Die von der Antragsgegnerin diesbezüglich gewählte Vorgangsweise, wonach sie in der Auftragserteilung auf die Leistungsbeschreibung des alten Rahmenvertrages Bezug nimmt, entspricht durchaus einer raschen und praktischen Abwicklung, zumal der Inhalt des alten Rahmenvertrages zweifellos auch der Antragstellerin bekannt ist (Beilage 1 zum einleitenden Schriftsatz). Dass die Antragsgegnerin nach Auslaufen des alten Rahmenvertrages mit 31.12.2000 und Übergang der Zuständigkeit der Verwaltung an sie ab 1.1.2001 die anfallenden Leistungen im Wege der Direktvergabe vergeben hat, ist unstrittig. Die Feststellungen, dass die Antragsgegnerin die gegenständlichen Leistungen im Zuge eines im Jahre 2007 geführten Vergabeverfahrens bis auf die gegenständlichen 3 Bezirke durch Abschluss von Rahmenverträgen vergeben hat, gründet sich auf die Kenntnis des Senates aus dem Verfahren VKS-3/08.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie hat im Zeitraum Juni 2008 bis September 2008 in den Bezirken 9, 10 und 17 in von ihr verwalteten Wohnhausanlagen mehrere Leistungen zur Sanierung frei gewordener Wohnungen im Wege der Direktvergabe beauftragt. Bezüglich einer Direktvergabe (Kennergasse) begehrt die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe, für den Fall, dass eine Direktvergabe erfolgt sein sollte, stellt sie Feststellungsanträge nach § 33 Abs. 1 Z 1 und 4 WVRG 2007. Gleichfalls stellt sie Feststellungsanträge nach § 33 Abs. 1 Z 1 und 4 WVRG 2007 hinsichtlich der Direktvergabe Bürgergasse. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie hat im Zeitraum Juni 2008 bis September 2008 in den Bezirken 9, 10 und 17 in von ihr verwalteten Wohnhausanlagen mehrere Leistungen zur Sanierung frei gewordener Wohnungen im Wege der Direktvergabe beauftragt. Bezüglich einer Direktvergabe (Kennergasse) begehrt die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe, für den Fall, dass eine Direktvergabe erfolgt sein sollte, stellt sie Feststellungsanträge nach Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer eins und 4 WVRG 2007. Gleichfalls stellt sie Feststellungsanträge nach Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer eins und 4 WVRG 2007 hinsichtlich der Direktvergabe Bürgergasse.

Der Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung liegt in der Lösung der Frage, ob die Auftraggeberin verpflichtet gewesen wäre alle in den 3 fraglichen Bezirken angefallenen Sanierungsleistungen zusammenzurechnen, womit sie unstrittiger Weise den Schwellenwert des § 41 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 überschritten hätte. Damit hätte sie entsprechende Vergabeverfahren entweder im Unterschwellen- bzw. im Oberschwellenbereich zu führen gehabt. Der Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung liegt in der Lösung der Frage, ob die Auftraggeberin verpflichtet gewesen wäre alle in den 3 fraglichen Bezirken angefallenen Sanierungsleistungen zusammenzurechnen, womit sie unstrittiger Weise den Schwellenwert des Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 überschritten hätte. Damit hätte sie entsprechende Vergabeverfahren entweder im Unterschwellen- bzw. im Oberschwellenbereich zu führen gehabt.

Nach § 13 Abs. 1 BVergG 2006 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Dabei darf die Wahl der angewandten Berechnungsmethode nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften des BVergG 2006 zu umgehen (Abs. 4 leg. cit.). Die Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen ist in § 14 Abs. 1 BVergG 2006 geregelt. Danach ist dann, wenn ein Bauvorhaben aus mehreren Losen besteht, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusehen. Als Lose im Sinne dieser Bestimmung gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges I (Gewerke). Nach § 22 Abs. 1 BVergG 2006 können Leistungen gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Eine getrennte Vergabe kann in örtlicher oder

zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebezüge oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie z.B. die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung maßgebend. Nach Abs. 3 leg. cit. darf die Wahl zwischen der Vergabe eines einzelnen Auftrages oder die Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung dieses Bundesgesetzes zu umgehen. Nach Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 2006 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Dabei darf die Wahl der angewandten Berechnungsmethode nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften des BVergG 2006 zu umgehen (Absatz 4, leg. cit.). Die Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen ist in Paragraph 14, Absatz eins, BVergG 2006 geregelt. Danach ist dann, wenn ein Bauvorhaben aus mehreren Losen besteht, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusehen. Als Lose im Sinne dieser Bestimmung gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges römisch eins (Gewerke). Nach Paragraph 22, Absatz eins, BVergG 2006 können Leistungen gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Eine getrennte Vergabe kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebezüge oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie z.B. die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung maßgebend. Nach Absatz 3, leg. cit. darf die Wahl zwischen der Vergabe eines einzelnen Auftrages oder die Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung dieses Bundesgesetzes zu umgehen.

Nach dem Erwägungsgrund 9 der RL 2004/18/EG hat sich die Entscheidung über eine getrennte oder die gemeinsame Vergabe eines öffentlichen Auftrages an qualitativen und wirtschaftlichen Kriterien zu orientieren, die auch in den einzelstaatlichen Vorschriften festgelegt werden können. Nach § 22 Abs. 1 BVergG 2006 werden als Beurteilungsmaßstab für die Entscheidung für eine Gesamt- oder Teilvergabe wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte angeführt. Dem Auftraggeber kommt damit bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gesamt- oder Teilvergabe stattfinden soll, ein gewisses Ermessen zu. Diese Ermessensentscheidung darf jedenfalls nicht willkürlich getroffen werden. Eine Gesamtvergabe kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalls wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte ein besonderes Gewicht erhalten. Dabei kommt es etwa darauf an, ob und in welchem Umfang durch eine Gesamtvergabe Kosten für umfangreiche Verwaltungs- und Koordinationsleistungen der Auftraggeberin tatsächlich vermieden werden können. Als wirtschaftlicher Grund ist etwa anzusehen, wenn bei getrennter Vergabe höhere Kosten durch Bauzeitverzögerungen auftreten können, oder dass bei getrennter Vergabe die gesamte Koordination einschließlich der Risiken, die als unterschiedliche Schnittstellen der beteiligten Unternehmen entstehen, beim Auftraggeber verbleiben (vgl. Elsner BVergG 20062, RZ 513). Nach dem Erwägungsgrund 9 der RL 2004/18/EG hat sich die Entscheidung über eine getrennte oder die gemeinsame Vergabe eines öffentlichen Auftrages an qualitativen und wirtschaftlichen Kriterien zu orientieren, die auch in den einzelstaatlichen Vorschriften festgelegt werden können. Nach Paragraph 22, Absatz eins, BVergG 2006 werden als Beurteilungsmaßstab für die Entscheidung für eine Gesamt- oder Teilvergabe wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte angeführt. Dem Auftraggeber kommt damit bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gesamt- oder Teilvergabe stattfinden soll, ein gewisses Ermessen zu. Diese Ermessensentscheidung darf jedenfalls nicht willkürlich getroffen werden. Eine Gesamtvergabe kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalls wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte ein besonderes Gewicht erhalten. Dabei kommt es etwa darauf an, ob und in welchem Umfang durch eine Gesamtvergabe Kosten für umfangreiche Verwaltungs- und Koordinationsleistungen der Auftraggeberin tatsächlich vermieden werden können. Als wirtschaftlicher Grund ist etwa anzusehen, wenn bei getrennter Vergabe höhere Kosten durch Bauzeitverzögerungen auftreten können, oder dass bei getrennter Vergabe die gesamte Koordination einschließlich der Risiken, die als unterschiedliche Schnittstellen der beteiligten Unternehmen entstehen, beim Auftraggeber verbleiben (vergleiche Elsner BVergG 20062, RZ 513).

Nach den Feststellungen vergibt die Antragsgegnerin ihre Aufträge zur Sanierung bzw. Aufkategorisierung immer dann, wenn in einer bestimmten Wohnhausanlage eine bestimmte Wohnung frei geworden ist. Sie ist dabei bemüht, möglichst rasch die beauftragten Arbeiten durchzuführen, um die frei gewordenen Wohnungen möglichst rasch einer Wiedervermietung zuführen zu können. Dabei werden die für die Arbeiten anfallenden Kosten aus dem

Erhaltungsbeitrag „des einzelnen Hauses (Objektes)" abgedeckt. Der Sanierungsaufwand für die einzelnen frei gewordenen Wohnungen unterscheidet sich je nach Alter und Zustand der Wohnung. Abgerechnet wird die Sanierung bzw. Aufkategorisierung der Wohnung jeweils nur bezogen auf die Wohnung selbst. Für die Antragsgegnerin ist nicht absehbar wann und in welchem Zeitraum welche Wohnungen bzw. wie viele Wohnungen pro Gebietseinheit frei werden. Eine Planung, die eine Zusammenfassung der Sanierung mehrerer Wohnungen in einer Wohnhausanlage ermöglichen würde, ist damit naturgemäß nicht möglich. Gerade weil die Sanierungsarbeiten auf die einzelne Wohnung bezogen durchgeführt werden, der Aufwand dieser Arbeiten nicht bei allen frei gewordenen Wohnungen gleich ist und der damit verbundene Aufwand jeweils aus den Erhaltungskostenbeitrag des betreffenden Wohnhauses gedeckt wird, hält der Senat den Standpunkt der Antragsgegnerin für schlüssig und nachvollziehbar, dass eine Zusammenrechnung derartiger, in unregelmäßiger Anzahl und unregelmäßigen Zeitabständen anfallenden Sanierungsarbeiten nicht vorzunehmen ist (vgl. RIS-VKS- 2581/07 u.a.). Abgesehen davon, dass die Antragstellerin nicht ausführt für welchen Zeitraum die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, die in den 3 gegenständlichen Bezirken angefallenen Sanierungsarbeiten an frei gewordenen Wohnungen (etwa für ein halbes Jahr, ganzes Jahr?) zusammenzurechnen, ergibt die Zusammenrechnung der von ihr im einleitenden Schriftsatz auf Seite 6 angeführten 8 „Baustellen" einen Gesamtauftragswert von EUR 33.000,--. Auch das Argument der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen „die anfallenden Leistungen zusammenzufassen.... und dafür etwa einen „kleinen Rahmenvertrag" auszuschreiben" schlägt nicht durch, weil die Antragsgegnerin ohnedies Rahmenverträge für alle 23 Wiener Gemeindebezirke ausgeschrieben und auch tatsächlich bis auf die gegenständlichen 3 Bezirke mit Zuschlag vergeben hat. Im Ergebnis würde dieser Vorschlag der Antragstellerin die Führung eines unzulässigen weiteren gleichzeitigen Vergabeverfahrens über gleiche Leistungen bedeuten. Die Antragsgegnerin war daher entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht verpflichtet, die Bauaufträge betreffend einzelne frei gewordene Wohnungen etwa für einen bestimmten Zeitraum zusammenzurechnen und in ihrer Gesamtheit in einem dem Auftragswert entsprechenden Vergabeverfahren zu vergeben. Zutreffend ist auf die Sanierung einer konkreten Wohnung als Bauvorhaben abzustellen, weil nur so das von der Antragsgegnerin angestrebte Ziel einer raschen Wiedervermietung am besten erreicht werden kann. Dass andere zur Sanierung einer frei gewordenen Wohnung notwendige Leitungen anderer Gewerke getrennt vergeben wurden, worin allenfalls ein unzulässiges „Auftragssplitting" gelegen sein könnte, wurde weder vorgebracht noch haben sich Anhaltspunkte dafür ergeben (vgl. Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², 77f). Nach den Feststellungen vergibt die Antragsgegnerin ihre Aufträge zur Sanierung bzw. Aufkategorisierung immer dann, wenn in einer bestimmten Wohnhausanlage eine bestimmte Wohnung frei geworden ist. Sie ist dabei bemüht, möglichst rasch die beauftragten Arbeiten durchzuführen, um die frei gewordenen Wohnungen möglichst rasch einer Wiedervermietung zuführen zu können. Dabei werden die für die Arbeiten anfallenden Kosten aus dem Erhaltungsbeitrag „des einzelnen Hauses (Objektes)" abgedeckt. Der Sanierungsaufwand für die einzelnen frei gewordenen Wohnungen unterscheidet sich je nach Alter und Zustand der Wohnung. Abgerechnet wird die Sanierung bzw. Aufkategorisierung der Wohnung jeweils nur bezogen auf die Wohnung selbst. Für die Antragsgegnerin ist nicht absehbar wann und in welchem Zeitraum welche Wohnungen bzw. wie viele Wohnungen pro Gebietseinheit frei werden. Eine Planung, die eine Zusammenfassung der Sanierung mehrerer Wohnungen in einer Wohnhausanlage ermöglichen würde, ist damit naturgemäß nicht möglich. Gerade weil die Sanierungsarbeiten auf die einzelne Wohnung bezogen durchgeführt werden, der Aufwand dieser Arbeiten nicht bei allen frei gewordenen Wohnungen gleich ist und der damit verbundene Aufwand jeweils aus den Erhaltungskostenbeitrag des betreffenden Wohnhauses gedeckt wird, hält der Senat den Standpunkt der Antragsgegnerin für schlüssig und nachvollziehbar, dass eine Zusammenrechnung derartiger, in unregelmäßiger Anzahl und unregelmäßigen Zeitabständen anfallenden Sanierungsarbeiten nicht vorzunehmen ist (vergleiche RIS-VKS- 2581/07 u.a.). Abgesehen davon, dass die Antragstellerin nicht ausführt für welchen Zeitraum die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, die in den 3 gegenständlichen Bezirken angefallenen Sanierungsarbeiten an frei gewordenen Wohnungen (etwa für ein halbes Jahr, ganzes Jahr?) zusammenzurechnen, ergibt die Zusammenrechnung der von ihr im einleitenden Schriftsatz auf Seite 6 angeführten 8 „Baustellen" einen Gesamtauftragswert von EUR 33.000,--. Auch das Argument der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen „die anfallenden Leistungen zusammenzufassen.... und dafür etwa einen „kleinen Rahmenvertrag" auszuschreiben" schlägt nicht durch, weil die Antragsgegnerin ohnedies Rahmenverträge für alle 23 Wiener Gemeindebezirke ausgeschrieben und auch tatsächlich bis auf die gegenständlichen 3 Bezirke mit Zuschlag vergeben hat. Im Ergebnis würde dieser Vorschlag der Antragstellerin die Führung eines unzulässigen weiteren

gleichzeitigen Vergabeverfahrens über gleiche Leistungen bedeuten. Die Antragsgegnerin war daher entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht verpflichtet, die Bauaufträge betreffend einzelne frei gewordene Wohnungen etwa für einen bestimmten Zeitraum zusammenzurechnen und in ihrer Gesamtheit in einem dem Auftragswert entsprechenden Vergabeverfahren zu vergeben. Zutreffend ist auf die Sanierung einer konkreten Wohnung als Bauvorhaben abzustellen, weil nur so das von der Antragsgegnerin angestrebte Ziel einer raschen Wiedervermietung am besten erreicht werden kann. Dass andere zur Sanierung einer frei gewordenen Wohnung notwendige Leitungen anderer Gewerke getrennt vergeben wurden, worin allenfalls ein unzulässiges „Auftragssplitting“ gelegen sein könnte, wurde weder vorgebracht noch haben sich Anhaltspunkte dafür ergeben (vergleiche Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², 77f).

Das Verfahren hat ergeben, dass die Antragsgegnerin in den Bezirken 9, 10 und 17 seit Auslaufen des „alten GWS-Rahmenvertrages“ mit 31.12.2000 die anfallenden Sanierungs- bzw. Aufkategorisierungsarbeiten an frei gewordenen Wohnungen im Wege der Direktvergabe vergeben hat. Es verbleibt daher nur mehr zu prüfen, ob diese Direktvergaben den Vorschriften des § 41 BVergG 2006 entsprochen haben oder nicht. Das Verfahren hat ergeben, dass die Antragsgegnerin in den Bezirken 9, 10 und 17 seit Auslaufen des „alten GWS-Rahmenvertrages“ mit 31.12.2000 die anfallenden Sanierungs- bzw. Aufkategorisierungsarbeiten an frei gewordenen Wohnungen im Wege der Direktvergabe vergeben hat. Es verbleibt daher nur mehr zu prüfen, ob diese Direktvergaben den Vorschriften des Paragraph 41, BVergG 2006 entsprochen haben oder nicht.

Zunächst war der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe hinsichtlich der Baustelle „Kennergasse“ zu prüfen.

Nach § 11 Abs. 3 Z 3 lit. a WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat zur Feststellung berufen, ob bei Direktvergaben und bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens nicht zu Recht erfolgte. Nach den Feststellungen hat die Antragsgegnerin den Auftrag „Kennergasse“ am 8.9.2008 mündlich vergeben und diese Auftragserteilung am 9.9.2008 schriftlich bestätigt. Der Vergabevorgang war damit spätestens am 9.9.2008 beendet. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe ist am 10.9.2008, also nach Auftragserteilung eingelangt. Da nach § 11 Abs. 2 WVRG 2007 der Vergabekontrollsenat nur bis zur Zuschlagserteilung zur Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung berufen ist, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe mangels Kognitionsbefugnis abzuweisen (Punkt 1 des Spruches). Nach Paragraph 11, Absatz 3, Ziffer 3, Litera a, WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat zur Feststellung berufen, ob bei Direktvergaben und bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens nicht zu Recht erfolgte. Nach den Feststellungen hat die Antragsgegnerin den Auftrag „Kennergasse“ am 8.9.2008 mündlich vergeben und diese Auftragserteilung am 9.9.2008 schriftlich bestätigt. Der Vergabevorgang war damit spätestens am 9.9.2008 beendet. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe ist am 10.9.2008, also nach Auftragserteilung eingelangt. Da nach Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 der Vergabekontrollsenat nur bis zur Zuschlagserteilung zur Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung berufen ist, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe mangels Kognitionsbefugnis abzuweisen (Punkt 1 des Spruches).

Hilfsweise hat die Antragstellerin beantragt, für den Fall der erfolgten Direktvergabe hinsichtlich der Baustelle „Kennergasse“ sowie hinsichtlich der Baustelle „Bürgergasse“ festzustellen, dass die Vergabe dieser Aufträge auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig waren. Sollte diesen Anträgen nicht statt gegeben werden, begehrt sie weiters hilfsweise festzustellen, dass die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder die hiezu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig waren. Nach § 33 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Direktvergabe (Z 1) bzw. die offenkundige Unzulässigkeit der Direktvergabe (Z 4) begehren. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Wahl der Direktvergabe als auch den ihr eingetretenen Schaden gerade noch ausreichend dargelegt, sodass der Antrag, der Bestimmung des § 35 Abs. 1 WVRG 2007 entspricht. Der Feststellungsantrag richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG vorgeschriebenen Pauschalgebühr ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Die

Antragstellerin hat von der Direktvergabe „Bürgergasse“ am 18.8.2008, von der Direktvergabe „Kennergasse“ am 8.9.2008 Kenntnis erlangt. Ihr am 10. September 2008 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 36 WVRG 2007. Er ist jedoch im Ergebnis nicht berechtigt. Hilfsweise hat die Antragstellerin beantragt, für den Fall der erfolgten Direktvergabe hinsichtlich der Baustelle „Kennergasse“ sowie hinsichtlich der Baustelle „Bürgergasse“ festzustellen, dass die Vergabe dieser Aufträge auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig waren. Sollte diesen Anträgen nicht statt gegeben werden, begehrt sie weiters hilfsweise festzustellen, dass die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder die hiezu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig waren. Nach Paragraph 33, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Direktvergabe (Ziffer eins,) bzw. die offenkundige Unzulässigkeit der Direktvergabe (Ziffer 4,) begehren. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Wahl der Direktvergabe als auch den ihr eingetretenen Schaden gerade noch ausreichend dargelegt, sodass der Antrag, der Bestimmung des Paragraph 35, Absatz eins, WVRG 2007 entspricht. Der Feststellungsantrag richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG vorgeschriebenen Pauschalgebühr ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Die Antragstellerin hat von der Direktvergabe „Bürgergasse“ am 18.8.2008, von der Direktvergabe „Kennergasse“ am 8.9.2008 Kenntnis erlangt. Ihr am 10. September 2008 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 36, WVRG 2007. Er ist jedoch im Ergebnis nicht berechtigt.

Nach den Feststellungen hat die Antragsgegnerin zur Sanierung der leerstehenden Wohnungen „Bürgergasse und Kennergasse“ insgesamt Leistungen mit einem Auftragswert von zusammen EUR 10.500,-- vergeben. Die Arbeiten, die zu verrichten waren, betrafen jeweils Aufkategorisierungen mit Neuinstallationen im Bad (Dusche) und Küche, Aufstellung von Duschtassen und der Durchführung von Komplettierungsarbeiten. In der Wohnung „Kennergasse“ waren darüber hinaus Demontagen vorzunehmen. Der Auftragswert für die Wohnung „Bürgergasse“ betrug EUR 5.000,--, jener für die Wohnung „Kennergasse“ EUR 5.500,--.

Nach § 25 Abs. 10 BVergG 2006 wird bei der Direktvergabe eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmen gegen Entgelt bezogen. Unter welchen Voraussetzungen eine Direktvergabe zulässig ist, wird im § 41 BVergG 2006 geregelt, in dem sämtliche Bestimmungen zur Direktvergabe zusammengefasst sind. Gemäß § 41 Abs. 1 BVergG 2006 gelten für die Vergabe von Aufträgen im Wege der Direktvergabe ausschließlich der 1., der 4. bis 6. Teil des BVergG 2006 und einige wenige, taxativ aufgezählte weitere Bestimmungen, darunter die §§ 13 bis 16 und 19 Abs. 1 BVergG 2006. Nach § 41 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert EUR 40.000,-- nicht erreicht, wobei alle zu einem Vorhaben gehörenden Leistungen zusammenzurechnen sind (§ 13 Abs. 1 BVergG 2006). Bei den gegenständlichen Direktvergaben hat es sich jeweils um einzelne, voneinander getrennte, Bauvorhaben gehandelt, wobei die geschätzten Auftragswerte den Wert von EUR 40.000,--, selbst bei Zusammenrechnung, nicht überschritten haben. Dass die sonstigen Voraussetzungen des § 41 Abs. 4 BVergG 2006 nicht gegeben wären, wurde weder von der Antragstellerin behauptet noch sind Anhaltspunkte dafür im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hervorgekommen. Die Antragsgegnerin hat sich auch an die Bestimmung des § 42 Abs. 2 BVergG 2006 gehalten und die vergebenen Leistungen ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert, in dem sie für jede Direktvergabe einen eigenen Auftragschein vorgelegt hat, in dem der Wert des Auftrages, der Name des Auftragnehmers, dessen Anschrift, die Auftragsnummer, das Datum der Auftragserteilung und der geschätzte Auftragswert enthalten sind. Nach Paragraph 25, Absatz 10, BVergG 2006 wird bei der Direktvergabe eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmen gegen Entgelt bezogen. Unter welchen Voraussetzungen eine Direktvergabe zulässig ist, wird im Paragraph 41, BVergG 2006 geregelt, in dem sämtliche Bestimmungen zur Direktvergabe zusammengefasst sind. Gemäß Paragraph 41, Absatz eins, BVergG 2006 gelten für die Vergabe von Aufträgen im Wege der Direktvergabe ausschließlich der 1., der 4. bis 6. Teil des BVergG 2006 und einige wenige, taxativ aufgezählte weitere Bestimmungen, darunter die Paragraphen 13 bis 16 und 19 Absatz eins, BVergG 2006. Nach Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert EUR 40.000,-- nicht erreicht, wobei alle zu einem Vorhaben gehörenden Leistungen zusammenzurechnen sind (Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 2006). Bei den gegenständlichen Direktvergaben hat es sich jeweils um einzelne,

voneinander getrennte, Bauvorhaben gehandelt, wobei die geschätzten Auftragswerte den Wert von EUR 40.000,--, selbst bei Zusammenrechnung, nicht überschritten haben. Dass die sonstigen Voraussetzungen des Paragraph 41, Absatz 4, BVergG 2006 nicht gegeben wären, wurde weder von der Antragstellerin behauptet noch sind Anhaltspunkte dafür im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hervorgekommen. Die Antragsgegnerin hat sich auch an die Bestimmung des Paragraph 42, Absatz 2, BVergG 2006 gehalten und die vergebenen Leistungen ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert, in dem sie für jede Direktvergabe einen eigenen Auftragschein vorgelegt hat, in dem der Wert des Auftrages, der Name des Auftragnehmers, dessen Anschrift, die Auftragsnummer, das Datum der Auftragserteilung und der geschätzte Auftragswert enthalten sind.

Das Nachprüfungsverfahren hat sohin ergeben, dass die Antragsgegnerin sämtliche im § 41 BVergG 2006 festgelegte Anforderungen im Zuge der Direktvergabe, der Leistungen in den Wohnungen „Bürgerasse und Kennerasse“ eingehalten hat. Selbst unter Berücksichtigung aller im einleitenden Schriftsatz angeführten Direktvergaben (die von der Antragsgegnerin auch nicht bestritten wurden) war die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, die Sanierung dieser 7 Wohnungen zusammenzufassen und ein einzelnes Bauvorhaben auszuschreiben, dies umso mehr, als die Zusammenrechnung der dafür geschätzten Auftragssumme ebenfalls nicht die Schwellenwertgrenze von EUR 40.000,-- erreicht. Durch die von der Auftraggeberin gewählte Vorgangsweise ist jeweils organisatorisch und wirtschaftlich gesehen eine rasche Instandsetzung frei gewordener Wohnungen und damit eine rasche Wiedervermietung dieser Wohnung gewährleistet. Anders wäre der Sachverhalt zu beurteilen, wenn etwa zum selben Zeitpunkt 2 oder mehr Wohnungen in der selben Wohnhausanlage frei werden und die Durchführung der Sanierungs- oder Aufkategorisierungsarbeiten damit in einen engen zeitlichen Zusammenhang fallen. Aber auch hier könnte sich eine getrennte Auftragsvergabe etwa dann für gerechtfertigt erweisen, wenn es einem einzelnen Auftragnehmer auf Grund eigener Kapazitäten nicht möglich wäre gleichzeitig die Arbeiten in mehreren Wohnungen in möglichst kurzer Zeit durchzuführen. Da sohin die Antragsgegnerin nicht verpflichtet war die für die Sanierung der einzelnen Wohnungen geschätzten Auftragswerte zusammenzurechnen, sie die Leistungen vielmehr im Wege der Direktvergabe unter Beachtung der Bestimmungen des § 41 BVergG 2006 vergeben hat, erweist sich der Feststellungsantrag nach § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2007 als nicht berechtigt, weshalb wie im Spruchpunkt 2 zu entscheiden war. Das Nachprüfungsverfahren hat sohin ergeben, dass die Antragsgegnerin sämtliche im Paragraph 41, BVergG 2006 festgelegte Anforderungen im Zuge der Direktvergabe, der Leistungen in den Wohnungen „Bürgerasse und Kennerasse“ eingehalten hat. Selbst unter Berücksichtigung aller im einleitenden Schriftsatz angeführten Direktvergaben (die von der Antragsgegnerin auch nicht bestritten wurden) war die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, die Sanierung dieser 7 Wohnungen zusammenzufassen und ein einzelnes Bauvorhaben auszuschreiben, dies umso mehr, als die Zusammenrechnung der dafür geschätzten Auftragssumme ebenfalls nicht die Schwellenwertgrenze von EUR 40.000,-- erreicht. Durch die von der Auftraggeberin gewählte Vorgangsweise ist jeweils organisatorisch und wirtschaftlich gesehen eine rasche Instandsetzung frei gewordener Wohnungen und damit eine rasche Wiedervermietung dieser Wohnung gewährleistet. Anders wäre der Sachverhalt zu beurteilen, wenn etwa zum selben Zeitpunkt 2 oder mehr Wohnungen in der selben Wohnhausanlage frei werden und die Durchführung der Sanierungs- oder Aufkategorisierungsarbeiten damit in einen engen zeitlichen Zusammenhang fallen. Aber auch hier könnte sich eine getrennte Auftragsvergabe etwa dann für gerechtfertigt erweisen, wenn es einem einzelnen Auftragnehmer auf Grund eigener Kapazitäten nicht möglich wäre gleichzeitig die Arbeiten in mehreren Wohnungen in möglichst kurzer Zeit durchzuführen. Da sohin die Antragsgegnerin nicht verpflichtet war die für die Sanierung der einzelnen Wohnungen geschätzten Auftragswerte zusammenzurechnen, sie die Leistungen vielmehr im Wege der Direktvergabe unter Beachtung der Bestimmungen des Paragraph 41, BVergG 2006 vergeben hat, erweist sich der Feststellungsantrag nach Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2007 als nicht berechtigt, weshalb wie im Spruchpunkt 2 zu entscheiden war.

Nach § 33 Abs. 1 Z 4 WVRG 2007 hat der in seinen Interessen verletzte Unternehmer die Möglichkeit die Feststellung zu beantragen, dass eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer oder Unternehmerinnen direkt an einem Unternehmer oder eine Unternehmerin erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 offenkundig unzulässig war. Nach § 41 Abs. 1 BVergG 2006 gelten für die Direktvergaben unter anderem auch die Bestimmungen des § 132 Abs. 3 BVergG 2006. § 132 Abs. 3 BVergG 2006 bestimmt: „Wird durch eine Vergabekontrollbehörde festgestellt, dass Nach Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 4, WVRG 2007 hat der in seinen Interessen verletzte Unternehmer die Möglichkeit die Feststellung zu beantragen, dass eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer oder Unternehmerinnen direkt an einem Unternehmer oder eine Unternehmerin erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006

offenkundig unzulässig war. Nach Paragraph 41, Absatz eins, BVergG 2006 gelten für die Direktvergaben unter anderem auch die Bestimmungen des Paragraph 132, Absatz 3, BVergG 2006. Paragraph 132, Absatz 3, BVergG 2006 bestimmt: „Wird durch eine Vergabekontrollbehörde festgestellt, dass

1. 1.Ziffer eins

eine Zuschlagserteilung direkt an einem Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren und 2. dies auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war, so wird das Vertragsverhältnis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung nichtig."

Dazu wird in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der BVergG-Novelle 2007 (BGBl. I 2007/86) ausgeführt, dass durch die Aufnahme des § 132 Abs. 3 in die Aufzählung der für die Direktvergabe geltenden Bestimmungen klar zum Ausdruck gebracht werden soll, „dass auch bei einer Direktvergabe die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses (im Falle einer offenkundigen Unzulässigkeit) in Betracht kommt (§ 127 BldNr.XXIII GB7)." In diesem Zusammenhang vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass unter Anwendung der Bestimmung des § 879 Abs. 1 ABGB mit der Feststellung der Unzulässigkeit der Direktvergabe der abgeschlossene Leistungsvertrag nichtig ist. Dieser Standpunkt wird vom Senat nicht geteilt, weil aus der Regelung des § 132 Abs. 3 BVergG 2006 eindeutig abzuleiten ist, dass eine Direktvergabe nur dann zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung der Vergabekontrollbehörde nichtig wird, wenn sie offenkundig unzulässig war. Eine Direktvergabe, wenn sie rechtswidrig und damit unzulässig war, kann daher nicht nach § 879 Abs. 1 ABGB Nichtigkeit bewirken, wenn sie nicht offenkundig unzulässig war. Selbst wenn sie aber offenkundig unzulässig gewesen sein sollte, kann sie erst „zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung" nichtig werden. Bei einer rechtswidrigen Direktvergabe, die nicht offenkundig unzulässig war, kommt daher die von der Antragstellerin aus § 879 Abs. 1 ABGB abgeleitete Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses jedenfalls nicht in Betracht (vgl. auch VWGH 26.4.2007, Zl. 2005/04/0222). Da die Antragsgegnerin nicht verpflichtet war, die Sanierungsarbeiten an den in den 3 gegenständlichen Bezirken freigewordenen Wohnungen zusammenzurechnen und gemeinsam zu vergeben, sie also zulässiger Weise die Leistungen im Wege der Direktvergabe getrennt vergeben hat, kann von einer offenkundigen Unzulässigkeit, die Grundlage für eine Feststellung nach § 33 Abs. 1 Z 4 WVRG 2007 wäre, nicht gesprochen werden. Der diesbezügliche Feststellungsantrag war daher ebenfalls abzuweisen. Dazu wird in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der BVergG-Novelle 2007 (BGBl. römisch eins 2007/86) ausgeführt, dass durch die Aufnahme des Paragraph 132, Absatz 3, in die Aufzählung der für die Direktvergabe geltenden Bestimmungen klar zum Ausdruck gebracht werden soll, „dass auch bei einer Direktvergabe die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses (im Falle einer offenkundigen Unzulässigkeit) in Betracht kommt (Paragraph 127, BldNr.XXIII GB7)." In diesem Zusammenhang vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass unter Anwendung der Bestimmung des Paragraph 879, Absatz eins, ABGB mit der Feststellung der Unzulässigkeit der Direktvergabe der abgeschlossene Leistungsvertrag nichtig ist. Dieser Standpunkt wird vom Senat nicht geteilt, weil aus der Regelung des Paragraph 132, Absatz 3, BVergG 2006 eindeutig abzuleiten ist, dass eine Direktvergabe nur dann zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung der Vergabekontrollbehörde nichtig wird, wenn sie offenkundig unzulässig war. Eine Direktvergabe, wenn sie rechtswidrig und damit unzulässig war, kann daher nicht nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB Nichtigkeit bewirken, wenn sie nicht offenkundig unzulässig war. Selbst wenn sie aber offenkundig unzulässig gewesen sein sollte, kann sie erst „zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung" nichtig werden. Bei einer rechtswidrigen Direktvergabe, die nicht offenkundig unzulässig war, kommt daher die von der Antragstellerin aus Paragraph 879, Absatz eins, ABGB abgeleitete Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses jedenfalls nicht in Betracht vergleiche auch VWGH 26.4.2007, Zl. 2005/04/0222). Da die Antragsgegnerin nicht verpflichtet war, die Sanierungsarbeiten an den in den 3 gegenständlichen Bezirken freigewordenen Wohnungen zusammenzurechnen und gemeinsam zu vergeben, sie also zulässiger Weise die Leistungen im Wege der Direktvergabe getrennt vergeben hat, kann von einer offenkundigen Unzulässigkeit, die Grundlage für eine Feststellung nach Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 4, WVRG 2007 wäre, nicht gesprochen werden. Der diesbezügliche Feststellungsantrag war daher ebenfalls abzuweisen.

Die Antragstellerin hat ihr Begehren auch darauf gestützt, der mit der Antragsgegnerin bezüglich der Bezirke 9, 10 und 17 im Jahre 1996, nach einem entsprechenden Vergabeverfahren, zustande gekommene Rahmenvertrag zur Durchführung der Sanitärinstallationsarbeiten würde weiterhin aufrecht bestehen, da er immer wieder verlängert worden sei. Eine Kündigung der Kontrahentenverträge durch die Antragsgegnerin sei nicht erfolgt. Das Verfahren hat zwar ergeben, dass die Antragstellerin auf Grund des im Jahre 1996 zustande gekommenen Rahmenvertrages nach

einer einmaligen Verlängerung im Jahre 1998 Sanitärinstallationsarbeiten auf der Grundlage dieses Rahmenvertrages durchgeführt hat. Das Verfahren hat aber auch ergeben, dass dieser Rahmenvertrag nach einer Verlängerung im Jahre 1998 am 31.12.2000 abgelaufen ist. Nicht festgestellt werden konnte, dass dieser Rahmenvertrag in der Folge mündlich oder schriftlich oder konkludent zwischen Auftraggeberin und Antragstellerin verlängert worden wäre. Selbst wenn man den Standpunkt der Antragstellerin folgen wollte, wäre für sie im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nichts gewonnen. Dies wurde von ihr auch offenbar bereits erkannt, in dem sie in ihrem einleitenden Schriftsatz (Seite 5) ausführt, dass sie gegen die Antragsgegnerin „am 5.9.2008 eine Klage auf Schadenersatz, Vertragszuhaltung und Unterlassung erhoben" hat.

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 zu dessen Anfechtung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zu dessen Anfechtung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Feststellung unzulässiger Direktvergaben; geschätzter Auftragswert; Pflicht zur Zusammenrechnung von Einzelaufträgen.

Zuletzt aktualisiert am

09.04.2009

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