

TE Verg Bescheid 2008/1/10 VKS-8615/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.01.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19 Abs1

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §70 Abs5

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §345 Abs13 Z1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien i.R. *** über den Antrag der BIEGE/ARGE 1. *** GmbH, ***, 2. ***, vertreten durch Dr. Kathrin Hornbanger, Rechtsanwältin in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe zur Durchführung von Reinigungsarbeiten und der winterlichen Betreuung in Wien 15, Meiselmarkt, Ausschreibungsnummer MA 54 – GM-39742/07EU durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistratsabteilung 54, Am Modenapark 1-2, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 15.11.2007 wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 4.12.2007, verlängert mit Bescheid vom 18.12.2007, wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 18, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 12 Abs. 1 Z 1, 70 Abs. 5, 123, 125, 129, 345 Abs. 13 Z 1 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 18, 19, Absatz eins, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 70, Absatz 5, 123, 125, 129, 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 54 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Dienstleistungsauftrages zur Durchführung der Reinigungsarbeiten und der winterlichen Betreuung am Meiselmarkt in Wien 15. Die Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 15.6.2007, Zl. 2007/S 113-139606 und im Amtsblatt der Stadt Wien. Der Leistungsumfang ist in fünf Leistungsgruppen gegliedert, Teilangebote und Alternativangebote waren unzulässig. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Als Leistungsfrist war vorgesehen der Zeitraum vom 1.10.2007 bis 30.9.2008 mit der Option einer zweimaligen Verlängerung um je ein Jahr. Das Ende der Angebotsfrist war der 7.8.2007, 10:00 Uhr.

Neben anderen Unternehmen hat sich auch die Antragstellerin durch fristgerechte Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt.

Mit Schreiben vom 15.11.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden. Als Gründe für diese Entscheidung wurde das Vorliegen der Tatbestände des § 129 Abs. 1 Z 1 und 2 in Verbindung mit § 68 Abs. 1 Z 3, 5 bis 7 BVergG 2006 sowie § 129 Abs. 2 BVergG 2006 geltend gemacht. Mit Schreiben vom 15.11.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden. Als Gründe für diese Entscheidung wurde das Vorliegen der Tatbestände des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins und 2 in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 3, 5 bis 7 BVergG 2006 sowie Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 geltend gemacht.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.11.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie einer allenfalls bereits ergangenen Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Zur Begründung ihrer Anträge führt die Antragstellerin aus, das Mitglied der ARGE *** habe zwar sein Gewerbe ruhend gemeldet, dies bedeute jedoch nicht, dass dieses Unternehmen nicht über die erforderliche Berechtigung zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen verfügen würde. Weder eine Liquidation noch eine Einstellung der gewerblichen Tätigkeit liege vor, dieses Mitglied der ARGE habe auch weder arbeits-, noch sozial- oder umweltrechtliche Bestimmungen verletzt. Auch seien die Mitglieder der ARGE ihrer Verpflichtung zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Sozialversicherungsbeiträgen nachgekommen, entsprechende Nachweise über die ordnungsgemäße Entrichtung seien fristgerecht vorgelegt worden. Die ARGE-Partner hätten sich auch keinerlei unrichtiger oder unvollständiger Angaben zu den verlangten Erfordernissen und Fähigkeiten schuldig gemacht. Die für den Auftrag erforderliche Ausstattung sowie auch das Personal werde durch das erste Mitglied der ARGE erbracht. Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin sei im vollen Umfange gegeben. Letztlich habe das erste Mitglied der ARGE schon länger als drei Jahre alleine die ausgeschriebenen Leistungen auf dem Meiselmarkt erbracht. Gegenüber der Antragsgegnerin seien sämtliche von ihr geforderten Aufklärungen fristgerecht erteilt worden, die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe würden daher nicht vorliegen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.11.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie einer allenfalls bereits ergangenen Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Zur Begründung ihrer Anträge führt die Antragstellerin aus, das Mitglied der ARGE *** habe zwar sein Gewerbe ruhend gemeldet, dies bedeute jedoch nicht, dass dieses Unternehmen nicht über die erforderliche Berechtigung zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen verfügen würde. Weder eine Liquidation noch eine Einstellung der gewerblichen Tätigkeit liege vor, dieses Mitglied der ARGE habe auch weder arbeits-, noch sozial- oder umweltrechtliche Bestimmungen verletzt. Auch seien die Mitglieder der ARGE ihrer Verpflichtung zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Sozialversicherungsbeiträgen nachgekommen, entsprechende Nachweise über die ordnungsgemäße Entrichtung seien fristgerecht vorgelegt worden. Die ARGE-Partner hätten sich auch keinerlei unrichtiger oder unvollständiger Angaben zu den verlangten Erfordernissen und Fähigkeiten schuldig gemacht. Die für den Auftrag erforderliche Ausstattung sowie auch das Personal werde durch das erste Mitglied der ARGE erbracht. Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin sei im vollen Umfange gegeben. Letztlich habe das

erste Mitglied der ARGE schon länger als drei Jahre alleine die ausgeschriebenen Leistungen auf dem Meiselmarkt erbracht. Gegenüber der Antragsgegnerin seien sämtliche von ihr geforderten Aufklärungen fristgerecht erteilt worden, die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe würden daher nicht vorliegen.

Durch die Entscheidung der Auftraggeberin werde die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens, insbesondere auf Teilnahme am ausgeschriebenen Vergabeverfahren und Erteilung des Zuschlages verletzt. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, würde sie einen Schaden an entgangenem Gewinn in der Höhe von rund 2 % bis 5 % des Auftragswertes sowie aus voraussichtlich nicht kompensierbaren Auslastungsdefiziten erleiden. Zudem würde der Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 4.12.2007 erlassen. Sie wurde mit Bescheid vom 18.12.2007 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verlängert. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieser beiden Parteien zugekommenen Bescheide verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit ihrer Ergänzung zum Nachprüfungsantrag vom 29.11.2007 hat die Antragstellerin vorgebracht, die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot auszuschneiden stütze sich vor allem auf deren Behauptung, es fehle der Arbeitsgemeinschaft insgesamt die entsprechende gewerberechtliche Befugnis für die ausgeschriebenen Leistungen. Dazu vertritt die Antragstellerin die Ansicht, dass bei einer Bietergemeinschaft/Arbeitsgemeinschaft nicht jedes Mitglied dieser Gesellschaft Bürgerlichen Rechts alle erforderlichen Gewerbeberechtigungen besitzen müsse. Bei den gegenständlichen zur Vergabe ausgeschriebenen Leistungen handle es sich um inhomogene Leistungen, zu deren Erbringung verschiedene Gewerbeberechtigungen erforderlich seien. Aus den von der Antragstellerin unter einem vorgelegten Kopien der Gewerbeberechtigungen der beiden ARGE-Partner würde sich ergeben, dass die Mitglieder der ARGE „im Wege der jeweils vorhandenen Gewerbeberechtigungen den Leistungsgegenstand der Ausschreibung gewerberechtlich voll abdecken“. Es könne daher keine Rede davon sein, dass die Antragstellerin die erforderliche Gewerbeberechtigung nicht besitzen würde.

Mit Schriftsatz vom 5.12.2007, eingelangt am 6.12.2007, hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Vorbringen im einleitenden Schriftsatz Stellung genommen und beantragt, den Antrag auf Nichtigerklärung ab- bzw. zurückzuweisen. In der Sache selbst führt sie aus, das Mitglied der Antragstellerin *** habe seine Befugnis „Zimmer- und Gebäudereiniger“ seit 1.1.2004 ruhend gemeldet. Damit habe er seine gewerbliche Tätigkeit diesbezüglich eingestellt. Die Gewerbeberechtigung müsse zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung aufrecht sein, soweit die Antragstellerin behaupte, es handle sich um eine „vorübergehende“ Stilllegung, könne davon keine Rede sein, weil die Berechtigung seit 1.1.2004 ruhe. Laut Melderegister verfüge der zweite Partner der ARGE *** seit 9.6.2006 nicht mehr über einen Wohnsitz in Österreich sondern sei nach Portugal verzogen. *** verfüge laut Gewerberegister ad personam derzeit über vier aufrechte Gewerbeberechtigungen (von denen eine – Zimmer- und Gebäudereiniger – ruhend gemeldet ist) und habe bei weiteren 11 Gewerbeberechtigungen die Funktion des gewerblichen Geschäftsführers inne. Im Hinblick auf seinen Wohnsitz in Portugal wäre er verpflichtet, jeweils einen gewerberechtlichen Geschäftsführer mit Wohnsitz in Österreich (oder zumindest in Deutschland) zu bestellen. Es mangle daher *** an der erforderlichen Befugnis.

Die Ausschlussgründe des § 68 Abs. 1 BVergG 2006 seien gleichfalls gegeben, weil die Überprüfung der Angaben der Antragstellerin ergeben hätten, dass *** trotz Ruhendmeldung des Gewerbes auf Grund der von ihm vorgelegten Überschussrechnungen zum 31.12.2005 sowie einer Saldenliste per 12/2006 Leistungserlöse in diesem Zeitraum erzielt hätte. Die Ausschlussgründe des Paragraph 68, Absatz eins, BVergG 2006 seien gleichfalls gegeben, weil die Überprüfung der Angaben der Antragstellerin ergeben hätten, dass *** trotz Ruhendmeldung des Gewerbes auf Grund der von ihm vorgelegten Überschussrechnungen zum 31.12.2005 sowie einer Saldenliste per 12 aus 2006, Leistungserlöse in diesem Zeitraum erzielt hätte.

Überhaupt sei unklar, ob es sich bei dem BIEGE-Partner *** (mit einem Firmenstempel dieser Bezeichnung sei das Angebot gefertigt worden), überhaupt um *** handle. Durch die gewählte Bezeichnung „****“ liege eine Täuschung vor, da im Zuge der Bieterprüfung für die Antragsgegnerin nicht erkennbar gewesen sei, welches Unternehmen als Biege-Partner angeboten habe. Der Sohn von ***, dieser sei jedoch nicht mehr Unternehmer. Letztlich sei die Antragsgegnerin zum Ergebnis gekommen, dass es sich bei dem Biege-Partner *** um *** handelt, der gleichzeitig Geschäftsführer der *** sei. Im Zuge der Überprüfung der technischen, finanziellen und wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit hätten sich einige Unklarheiten ergeben, wobei es der Antragstellerin nicht gelungen sei, diese Unklarheiten auszuräumen. Zur technischen Leistungsfähigkeit seien verschiedene Aufklärungen zwar erfolgt, doch habe bis zuletzt die verlangte Geräteauflistung gefehlt. Die von der Antragstellerin zur technischen Leistungsfähigkeit vorgelegten Nachweise hätten ergeben, dass das Personal von der *** GmbH und die Maschinen vom Einzelunternehmer *** stammen. Das Einzelunternehmen des *** würde jedoch nicht uneingeschränkt über die Befugnis zum Maschinenverleih verfügen. Bei Ausfall eines BIEGE-Partners wäre der andere nicht in der Lage den Auftrag alleine fertig zu führen.

Hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei festgestellt worden, dass sich die *** GmbH aus dem KSV-Bonitätsmonitor streichen habe lassen. Zur Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit seien von der Antragstellerin die Jahresabschlüsse 2005 und 2006 verlangt worden. Für 2005 sei nur eine Überschussrechnung und über 2006 eine Saldenliste vorgelegt worden. Trotz Aufforderung seien weitere Unterlagen nicht vorgelegt worden, weshalb eine vertiefte Angebotsprüfung nicht hätte durchgeführt werden können. Auch eine „Rohbilanz“ sei nicht fristgerecht vorgelegt worden.

Statt der verlangten Betriebshaftpflichtversicherung des Biege-Partners *** sei nur eine Polizzenummer auf einem Uniqua-Papier vorgelegt worden, das nicht ausreichend gewesen sei. Auch das Vorliegen der allgemeinen Zuverlässigkeit sei zu bezweifeln, da der Einzelunternehmer *** in der Vergangenheit mehrere Unternehmen gegründet habe, die jedoch seit 1.1.2002 nicht mehr über eine aufrechte Befugnis verfügen würden. *** sei geschäftsführender Gesellschafter aller dieser Firmen gewesen. Dazu kämen noch weitere vier 1993/1994 gegründete Firmen, die niemals über eine aufrechte Befugnis verfügt hätten. Es bestehe daher der begründete Verdacht, dass es sich zumindest bei den vier Firmen ohne Befugnis um Scheinfirmen gehandelt habe. Aus all diesen Umständen seien die von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe berechtigt. Statt der verlangten Betriebshaftpflichtversicherung des Biege-Partners *** sei nur eine Polizzenummer auf einem Uniqua-Papier vorgelegt worden, das nicht ausreichend gewesen sei. Auch das Vorliegen der allgemeinen Zuverlässigkeit sei zu bezweifeln, da der Einzelunternehmer *** in der Vergangenheit mehrere Unternehmen gegründet habe, die jedoch seit 1.1.2002 nicht mehr über eine aufrechte Befugnis verfügen würden. *** sei geschäftsführender Gesellschafter aller dieser Firmen gewesen. Dazu kämen noch weitere vier 1993 aus 1994, gegründete Firmen, die niemals über eine aufrechte Befugnis verfügt hätten. Es bestehe daher der begründete Verdacht, dass es sich zumindest bei den vier Firmen ohne Befugnis um Scheinfirmen gehandelt habe. Aus all diesen Umständen seien die von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe berechtigt.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.1.2008 repliziert und zunächst ausgeführt, der Antragsgegnerin habe stets klar sein müssen, dass es sich beim Biege-Partner *** um *** handelt, zumal dieser als vertretungsbefugter Geschäftsführer der *** GmbH mit der Antragsgegnerin in einem aufrechten Auftragsverhältnis gestanden sei. Aus diesen Gründen sei es für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar „dass die zugegebener Maßen nicht exakte Selbstbezeichnung mit ***“ von der Antragsgegnerin als bewusste Täuschung und als Ausschlussgrund ausgelegt worden sei. Eine Ruhendmeldung der Gewerbeberechtigung der Zimmer- und Gebäudereiniger bedeute nicht, dass der Bieter nicht über die entsprechende Befugnis verfügen würde. Es genüge, wenn die Ruhendmeldung der Gewerbeberechtigung im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung beendet wird.

Im Übrigen verkenne die Antragsgegnerin, dass dann, wenn eine Gesamtleistung ausgeschrieben ist, die unterschiedliche Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen erfordere, darauf abzustellen sei, dass jedes Mitglied der Bietergemeinschaft nur die gewerberechtliche Befugnis für den ihn konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat. Der dem BIEGE-Partner *** zukommende Leistungsteil bestehe „aber gerade nicht in der Erbringung von Reinigungsleistungen, sondern nur darin, der *** GmbH die für ihre spezifischen Reinigungsarbeiten notwendigen Geräte gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen“. Es sei somit aus Sicht der zur erbringenden Leistungsteile entbehrlich, auch von „*** eine aufrechte Gewerbeberechtigung für Zimmer- und Gebäudereiniger zu verlangen, wenn dieser bei der Erbringung der Hauptleistung, nämlich der Gebäudereinigung, gar nicht tätig wird“. Hinzuweisen sei, dass die durch die Antragstellerin aus steuerlichen, wie auch aus wirtschaftlichen Gründen, vorgenommene interne Leistungsaufteilung auf einem gängigen, nachvollziehbaren sowie völlig rechtskonformen Organisationskonzept beruht, „bei dem der Einzelunternehmer *** seit 1996 nicht mehr im Reinigungsgewerbe tätig ist“.

Soweit die Antragsgegnerin vorbringe, *** verfüge seit 9.6.2006 nicht mehr über einen Wohnsitz in Österreich,

sondern sei nach Portugal verzogen, sei dies unzutreffend, da *** „im Jahre 2007 eine Rückmeldung nach Österreich" vornahm und ein Wohnsitz im Inland damit nachweislich gegeben sei. Der Einzelunternehmer *** würde auch uneingeschränkt über die Befugnis zum Maschinenverleih verfügen.

Abermals betont die Antragstellerin, dass die Hauptleistung nur vom Biege-Partner *** GmbH erbracht werde und der *** zukommende Leistungsteil nicht in der Erbringung von Reinigungsleistungen, sondern in der Aufgabe „der *** GmbH, die für ihre spezifischen Reinigungsarbeiten notwendigen Geräte gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen" besteht.

Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin sei uneingeschränkt gegeben. Im Zuge deren Überprüfung habe zwar die Antragstellerin eine Bilanz 2006 der *** GmbH nicht vorlegen können, der Steuerberater dieses Unternehmens hätte jedoch einen positiven Erfolg für das Jahr 2006 bestätigt. In der Folge seien jedoch, entgegen den Behauptungen der Antragsgegnerin, von der Biege die Bilanz 2005 und eine G + V-Liste 2006 der *** GmbH sowie eine Überschussrechnung 2005 und eine Saldenliste 2006 für den Einzelunternehmer *** übermittelt worden.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 10.1.2008 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin Reinigungsarbeiten und die winterliche Betreuung für den Meiselmarkt in Wien 15, ordnungsgemäß europaweit ausgeschrieben. Die Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 15.6.2007. Eine Berichtigung vom 12.7.2007, die zwei Punkte der Ausschreibungsunterlagen auf Seite 7 und Seite 10 betroffen hat, wurde gleichfalls ordnungsgemäß kundgemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellerbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 7.8.2007, 10.00 Uhr. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen.

Der Leistungsumfang ist in fünf Leistungsgruppen geteilt, wobei Alternativ-, Abänderungs- und Teilangebote nicht zugelassen waren. Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen ausschließlich Reinigungsarbeiten, sowohl innerhalb des Gebäudes als auch von Flächen außerhalb des Gebäudes. In den Leistungsgruppen 1 bis inklusive 4 werden Ausmaß und Art der Reinigungsarbeiten innerhalb des Gebäudes geregelt. Leistungsgruppe 1 betrifft vornehmlich die tägliche Reinigungsarbeiten und die ständige Anwesenheit, Leistungsgruppe 2 die wöchentlichen Reinigungsarbeiten, Leistungsgruppe 3 die monatlichen Reinigungsarbeiten und die Leistungsgruppe 4 die jährlichen Reinigungsarbeiten. Die Leistungsgruppe 5 betrifft die winterliche Betreuung und Reinigung der restlichen Flächen außerhalb des Gebäudes. Die Leistungen sind in den Ausschreibungsunterlagen auf den Seiten 7 bis 10 im Detail beschrieben.

Insgesamt haben sich 14 Unternehmen durch Legung von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt. Nachdem zwei vor der Antragstellerin liegende Angebote ausgeschieden worden sind, liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot preislich an

1. 1.Ziffer eins Stelle.

Das Mitglied der Bietergemeinschaft *** GmbH verfügt unter anderem über die Gewerbeberechtigung zur Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung (Handwerk), sowie als Verkehrsflächenreiniger. Beide Befugnisse sind aufrecht.

Das zweite Mitglied der Bietergemeinschaft, der Einzelunternehmer ***, geboren am ***, verfügt als Gewerbeinhaber u.a. über die Gewerbeberechtigung des Zimmer- und Gebäudereinigers. Diese Gewerbeberechtigung ruht seit 1.1.2004.

Nach dem Zentralen Gewerberegister hat *** bis 26.6.2007 unter anderem auch über folgende weitere Gewerbeberechtigungen verfügt:

Vermietung beweglicher Sachen, insbesondere beweglicher WC-Anlagen ausgenommen Waffen und Kraftfahrzeuge, Betrieb von Bedürfnisanstalten, einfache Gartenarbeiten wie Rasenmähen, Laub rechen, Gießen, Holz hacken, Mistel schneiden, unter Ausschluss jeder an einem Befähigungsnachweis gebundenen Tätigkeit; Schneeräumung, Bestreuung und Räumung von öffentlichen und privaten Verkehrsflächen unter Ausschluss jeder an einen Befähigungsnachweis gebundenen Tätigkeit. Diese Gewerbeberechtigungen sind im Zentralregister als „erloschen" eingetragen.

Mit Schreiben vom 24.8.2007 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin zur Eignungsprüfung von ***, Gebäudereinigung, aufgefordert, u.a. die Vorlage der Gewerbeberechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung, einen letztgültigen Kontoauszug des zuständigen Sozialversicherungsträgers, eine letztgültige Lastschriftanzeige der zuständigen Finanzbehörde sowie Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer nachzureichen. Fristgerecht hat am 31.8.2007 *** die geforderten Unterlagen nachgereicht und erklärt, dass „derzeit eine Person im Unternehmen" arbeitet.

Mit Schreiben vom 14.9.2007 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin aufgefordert, hinsichtlich beider Mitglieder der Bietergemeinschaft den Jahresabschluss 2005, 2006 (eventuelle Rohbilanz) vorzulegen. Weiters wurde die Antragstellerin aufgefordert jene Tätigkeiten des Leistungsverzeichnisses bekannt zu geben, die der „ARGE-Partner *** ... durchführen wird". Dieses Ersuchen wurde von der Antragstellerin am 21.9.2007 beantwortet und für die Mitglieder der Biege eine Bilanz aus 2005 (***) und für 2006 eine Saldenliste bzw. eine GuV-Liste (***) vorgelegt. Gleichzeitig hat die Antragstellerin erklärt, dass „die ***..... als Partner der ARGE den Hochdruckwaschwagen, das Winterdienstfahrzeug sowie den Bodenwaschautomaten zur Verfügung" stellt. Über Einladung vom 5.10.2007 hat am 16.10.2007 ein „persönliches Aufklärungsgespräch" stattgefunden. Im Einladungsschreiben wird ausgeführt, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin mit den übermittelten Nachweisen nicht geprüft werden könne. Weiters hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin wie folgt aufgefordert:

„Folgende Unterlagen sind bei diesem Gespräch unbedingt vorzulegen:

Von beiden Unternehmen (*** und ***) sind die Unbedenklichkeitsbescheinigung bezüglich Kommunalsteuer und aktuelle, aussagekräftige Bankauskünfte mitzubringen.

Von der Fa. *** ist der komplette Jahresabschluss 2006 (Bilanz und Gewinn- u. Verlustrechnung) mitzubringen.

Vom ARGE Partner ***:

Auflistung der Geräte (siehe Ausschreibungsunterlagen Seite 2.8)

Eine Kopie der Betriebshaftpflichtversicherung (siehe Ausschreibungsunterlagen Seite 3.22)

Das Nichterscheinen zum Aufklärungsgespräch, sowie die Nichtbebringung der geforderten Unterlagen zum o.a. Termin hat das Ausscheiden ihres Angebotes zur Folge".

Am Aufklärungsgespräch vom 16.10.2007 haben Vertreter der Antragsgegnerin, „***, *** und Rechtsanwältin Dr. Kathrin Hornbanger teilgenommen. Hierüber wurde folgende, nachstehend wiedergegebene Niederschrift errichtet:

„Aktenvermerk zum Aufklärungsgespräch BIEGE *** / *** vom 16.10.2007 unter Einbeziehung der Prüfung sämtlicher Unterlagen und getätigten Aussagen.

Teilnehmer: siehe Anwesenheitsliste

Begründung:

Da einige Unterlagen noch nicht fristgerecht nachgereicht wurden bzw. eingebrachte Unterlagen aufklärungsbedürftig sind, wurde dieses Aufklärungsgespräch angesetzt, um die noch offenen Fragen zu besprechen und der BIEGE „***" die Möglichkeit zu geben, die fehlenden Unterlagen noch vorzulegen.

A. Zur Rechtsform:

.) Die Identität des BIEGE-Partners „***" war unklar, denn der angegebene BIEGE-Partner heißt lt. den nachgereichten Unterlagen *** (***) und nicht wie lt. Firmenstempel des Angebotes „***".

Herr *** wird mit unserer Meinung konfrontiert, dass es sich dabei um einen Verstoß gegen § 64 Abs. 1 GewO handelt, da der Name eines Unternehmens zur näheren Kennzeichnung des Unternehmers der Wahrheit entsprechen muss (korrekter Vor- und Zuname). Durch die gewählte Bezeichnung „***" liegt eine Täuschung vor, da es für die MA 54 im

Zuge der Bieterprüfung nicht erkennbar war, welches Unternehmen als BIEGE-Partner angeboten hat. Der Unternehmer „***“ scheint weder im Zentralgewerberegister noch im Firmenbuch auf. Sein Sohn heißt ***, der aber kein Unternehmer (mehr) ist. Herr *** gibt bekannt, dass es seine Firma „***“ seit 1978 gibt. Er nannte sein Unternehmen „***“, weil dies sein kindlicher Rufname war. Herr *** wird mit unserer Meinung konfrontiert, dass es sich dabei um einen Verstoß gegen Paragraph 64, Absatz eins, GewO handelt, da der Name eines Unternehmens zur näheren Kennzeichnung des Unternehmers der Wahrheit entsprechen muss (korrekter Vor- und Zuname). Durch die gewählte Bezeichnung „***“ liegt eine Täuschung vor, da es für die MA 54 im Zuge der Bieterprüfung nicht erkennbar war, welches Unternehmen als BIEGE-Partner angeboten hat. Der Unternehmer „***“ scheint weder im Zentralgewerberegister noch im Firmenbuch auf. Sein Sohn heißt ***, der aber kein Unternehmer (mehr) ist. Herr *** gibt bekannt, dass es seine Firma „***“ seit 1978 gibt. Er nannte sein Unternehmen „***“, weil dies sein kindlicher Rufname war.

Es handelt sich trotzdem um das Einzelunternehmen ***. Herr *** ist der Geschäftsführer der *** GmbH. Auf die Frage, wieso die Form einer BIEGE gewählt wurde, antwortet er, dass dazu sein Steuerberater riet, weil es steuerlich günstiger wäre.

.) Den BIEGE-Partner *** GmbH gibt es seit dem Jahr 2003. Der Versicherungsnachweis der UNIQA weist eine Versicherungsleistung ab dem Jahr 2002 nach. Auf die Fragen, wieso eine Versicherung für eine Firma – die es noch gar nicht gibt – abgeschlossen wurde, erklärte Herr ***, dass dies ein Schreibfehler der Versicherung ist.

B. Zur Befugnis:

.) „***“ ab 1978, derzeit ruhend!

Um ein Angebot legen zu dürfen, muss die Befugnis aufrecht sein. Eine ruhende Befugnis ist nach den Fachbüchern ein Ausscheidungsgrund. Die Befugnis des Einzelunternehmens „***“ ist seit 1.1.2004 ruhend gemeldet – diese Tatsache wird von „***“ nicht bestritten. Frau Dr. Hornbanger weist darauf hin, dass es bezüglich des Ausscheidens wegen ruhender Befugnis noch keine Rechtssprechung gibt.

.) *** GmbH ab 2003

C.) Zur technischen Leistungsfähigkeit:

.) Mit Schreiben vom 21.9.2007 hat Herr *** der MA 54 mitgeteilt, dass der 20%-Partner der BIEGE den Hochdruckwaschwagen, das Winterdienstfahrzeug und den Bodenwaschautomaten zur Verfügung stellt. Die „schweren“ Maschinen stellt also die „***“ bei. Sie hat kein Personal. Auf die Frage, wie die „***“ als zukünftiger ARGE-Partner ohne Personal einspringen wird, falls dies notwendig ist (z.B. infolge Insolvenz der *** GmbH), erklärte Herr ***, dass er selbst den Besen nehmen würde.

.) Das Personal und die Werkzeuge stellt die *** GmbH bei. Zur Frage des Beschäftigungsstandes der *** GmbH gibt Herr *** an, dass er 4 Angestellte in Wien und 1 Angestellte in Pirka hat. Insgesamt beschäftigt die *** GmbH 20-25 Mitarbeiter.

.) Die verlangte Geräteauflistung wurde nicht vorgelegt.

D. Zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit:

.) Die *** GmbH ließ sich aus dem KSV-Bonitätsmonitor streichen (Mai 2007). Es gibt Anzeichen aus der Bilanz 2005, dass eine weitere Insolvenz bevorsteht, daher wurden die BIEGE-Partner wiederholt aufgefordert, geeignete Nachweise bzgl. der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorzulegen. Die erhaltenen Bankauskünfte sind nicht aussagekräftig. Es wurden von der *** GmbH der Jahresabschluss für das Jahr 2006 verlangt, wobei dieser zum heutigen Aufklärungsgespräch mitzubringen war. Es wurde von Herrn *** erklärt, dass der Jahresabschluss 2006 (im Oktober 2007) noch nicht fertig ist und beim Steuerberater liegt.

.) Von der „***“ wurden ebenfalls Nachweise bzgl. der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangt. Von Herrn *** wurde lediglich eine Überschussrechnung aus 2005 und eine Saldenliste aus 2006 vorgelegt. Interessanterweise wurde trotz ruhender Befugnis ein Gewinn erzielt.

.) Statt der verlangten Betriebshaftpflichtversicherung wurde eine Polizzenummer auf einem Uniqua-Papier vorgelegt.

.) Auf das Angebot der Frau Dr. Hornbanger, Fortbestehungsprognosen vom Steuerberater nachzubringen, wurde verzichtet, weil der letzte Termin dazu (endgültige Frist) bereits abgelaufen ist und weil bereits mehrere Ausschluss- bzw. Ausscheidungsgründe vorliegen.

E. Zur Zuverlässigkeit

.) Die „Vorgängerfirmen“ *** und Reinigungsdienst *** GmbH (Personenidentität) haben 2003 bzw. 2007 Konkursverfahren hinter sich.

.) Herrn *** wird eine Aufstellung seiner neun Firmen mit dem selben Firmensitz in Wien *** (ein Einfamilienhaus) übergeben. Sämtliche Firmen verfügen über keine aufrechte Befugnis oder Geschäftsführer. Diesbezüglich erklärt ***, dass lediglich das Unternehmen *** derzeit operativ (Anm.: seit 2001 ohne Geschäftsführerbestellung!) tätig ist und jedes Jahr eine Bilanz abgibt. Alle anderen Firmen sind stillgelegt. Die Firmen aus dem Firmenbuch zu streichen wäre nicht möglich, weil sich die Gesellschafter nicht in Österreich aufhalten.) Herrn *** wird eine Aufstellung seiner neun Firmen mit dem selben Firmensitz in Wien *** (ein Einfamilienhaus) übergeben. Sämtliche Firmen verfügen über keine aufrechte Befugnis oder Geschäftsführer. Diesbezüglich erklärt ***, dass lediglich das Unternehmen *** derzeit operativ (Anmerkung, seit 2001 ohne Geschäftsführerbestellung!) tätig ist und jedes Jahr eine Bilanz abgibt. Alle anderen Firmen sind stillgelegt. Die Firmen aus dem Firmenbuch zu streichen wäre nicht möglich, weil sich die Gesellschafter nicht in Österreich aufhalten.

.) „Unbefugte“ Gewerbeausübungen bei ruhender Befugnis sind ein Ausschlussstatbestand, weil der Verpflichtung zur Zahlung der notwendigen Beiträge nicht nachgekommen wird. Dies bedeutet auch einen unerlaubten Wettbewerbsvorteil (unlauter Wettbewerb), weil günstiger angeboten werden kann.

F. Zur Kalkulation

Auf Anfrage erklärte Herr ***, dass er keine Zinsen kalkuliert habe, da er auf diese verzichtet, weil er den Auftrag haben will. Er weiß, dass er von der Stadt Wien sicher das Geld bekommen wird."

Nach diesem Gespräch hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 15.11.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, das Ausscheiden ihres Angebotes wie folgt mitgeteilt:

„Wir bedanken uns für die Teilnahme am oben angeführten Vergabeverfahren und bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z. 1 und 2 iVM § 68 Abs. 1 Z. 3,5,6 u. 7 BVergG 2006 ausgeschieden werden musste.“ Wir bedanken uns für die Teilnahme am oben angeführten Vergabeverfahren und bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins und 2 iVM Paragraph 68 A, b, s, 1 Ziffer 3,5,6 u. 7 BVergG 2006 ausgeschieden werden musste.

Begründung:

Der Arbeitsgemeinschaftspartner *** hat die Berechtigung lautend auf Zimmer- und Gebäudereiniger im Standort *** seit 1. Jänner 2004 ruhend gemeldet.

Dem BIEGE-Partner *** fehlt eine aufrechte Befugnis und ausreichendes Personal. Dem BIEGE-Partner *** GmbH fehlt die maschinelle Ausstattung. Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beider BIEGE-Partner lässt sich nicht prüfen, weil keine Nachweise vorgelegt wurden, obwohl eine ausreichende diesbezügliche Leistungsfähigkeit bezweifelt wurde (Dreijahresvertrag). Ebenso wurden die Zuverlässigkeit des Herrn *** (und seines Sohnes) bezweifelt, wegen seiner Firmen ohne aufrechter Befugnis und den Konkursen der „Vorgängerfirmen“. Die Erklärungen dazu waren mangelhaft und unglaubwürdig. Maßnahmen, die gesetzt wurden, um Konkurse oder unbefugte Gewerbeausübungen zukünftig zu verhindern, wurden weder gesetzt noch angeboten."

Am 18.10.2007 hat die Antragstellerin zwei Bestätigungen eines Wirtschaftstreuhänders zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Biege nachgereicht.

Die Reinigungsleistungen sollen ausschließlich von der *** GmbH erbracht werden, die ihrerseits die dazu benötigten Geräte vom Einzelunternehmer *** anmietet. Der Einzelunternehmer *** verfügt in diesem Zusammenhang lediglich über eine Gewerbeberechtigung zur Vermietung von Teppichreinigungsmaschinen mit Ausschluss aller einen Befähigungsnachweis erforderlichen Tätigkeiten. Er besitzt keine Gewerbeberechtigung für den Maschinenverleih und verfügt nach eigenen Angaben über einen Dienstnehmer. Es ist nicht beabsichtigt, dass vom Einzelunternehmer *** irgendwelche Reinigungsleistungen erbracht werden.

Von der Antragstellerin wurde eine auf das Unternehmen „*** GesmbH Reinigungsdienst“ lautende Kopie einer Versicherungspolizze mit Beginn 1.1.2002 vorgelegt. Diese Kopie besteht aus zwei Seiten, wobei auf „Seite 9“ als mitversicherte, weitere Versicherungsnehmer unter anderem angeführt sind, die „*** GesmbH“ und „***“.

*** hatte vorübergehend keinen Wohnsitz in Österreich, da er sich in Portugal aufgehalten hat. Seit 3.5.2007 ist er wieder mit einem Hauptwohnsitz in ***, gemeldet (Meldebestätigung des ZMA, die in der mündlichen Verhandlung vom 10.1.2008 vorgelegt wurde).

Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 15.11.2007 zugegangen. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 29.11.2007 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich sind entrichtet worden.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 10.1.2008. Danach konnte als erwiesen angenommen werden, dass es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen ausschließlich um Reinigungsleistungen und die winterliche Betreuung des Objektes Meiselmarkt im 15. Wiener Gemeindebezirk handelt. Das Verfahren hat auch vor allem auf Grund des Vorbringens der Antragstellerin ergeben, dass die Reinigungsleistungen ausschließlich vom Mitglied der Biege *** GmbH erbracht werden sollen, nicht aber vom zweiten Mitglied dem Einzelunternehmer ***. Von letzterem sollen lediglich die zur Durchführung der Reinigungsarbeiten notwendigen Geräte zur Verfügung gestellt werden. Obwohl das Angebot vom Mitglied der Biege „***“ gelegt wurde, konnte nach den Ergebnissen des Feststellungsverfahrens als erwiesen angenommen werden, dass es sich dabei um den Einzelunternehmer „***, geboren am ****“ handelt, und nicht um dessen Sohn ***. Dass auch die Antragsgegnerin davon ausgegangen ist, dass das Angebot von *** gelegt wurde, ergibt sich aus dem Inhalt der Vergabeakten, wonach die Antragsgegnerin die Prüfung der Befugnis, der technischen und finanziellen Leistungsfähigkeit nur bezüglich des Einzelunternehmers *** geführt hat. Wenn im Zuge des Nachprüfungsverfahrens die Antragsgegnerin auch Erhebungen zu zahlreichen von *** gegründeten bzw. in seinem Einflussbereich stehenden Unternehmen geführt hat, waren diesbezügliche Feststellungen entbehrlich, weil daraus zur Beurteilung des gegenständlichen Sachverhaltes nichts zu gewinnen ist. Die Feststellung über jene Befugnisse, über die *** verfügt, gründet sich auf die Eintragungen im Zentralen Gewerberegister, ebenso die Feststellung, dass dessen Gewerbeberechtigung als Zimmer- und Gebäudereiniger seit 1.1.2004 ruht und dass er über eine Befugnis zum Verleih von Maschinen, ausgenommen Teppichreinigungsmaschinen, nicht verfügt. Die Feststellung über die Anzahl der vom Einzelunternehmer *** beschäftigten Dienstnehmer gründen sich auf dessen eigene Angaben.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die mit 1.1.2008 in Kraft getretene Novelle zum BVergG 2006 (BGBl. 86/2007) gemäß § 345 Abs. 13 im gegenständlichen, mit Antragstellung vom 29.11.2007 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren weiterhin die bisherige Rechtslage anzuwenden ist. Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die mit 1.1.2008 in Kraft getretene Novelle zum BVergG 2006 Bundesgesetzblatt 86 aus 2007,) gemäß Paragraph 345, Absatz 13, im gegenständlichen, mit Antragstellung vom 29.11.2007 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren weiterhin die bisherige Rechtslage anzuwenden ist.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung von Reinigungsarbeiten am Meiselmarkt in Wien¹⁵. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung und nach Ausscheiden des Angebotes von zwei vor ihr liegenden Unternehmen hat die Antragstellerin das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Die Ausscheidungsentscheidung vom 15.11.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der am 29.11.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung von Reinigungsarbeiten am Meiselmarkt in Wien¹⁵. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung und nach Ausscheiden des Angebotes von zwei vor ihr liegenden Unternehmen

hat die Antragstellerin das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Die Ausscheidungsentscheidung vom 15.11.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der am 29.11.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

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

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung ist jedoch aus nachstehenden Überlegungen nicht berechtigt.

Soweit die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin nach § 129 Abs. 1 Z 2 (iVm § 68 Abs. 3) BVergG 2006 ausgeschieden hat, kann ihrer Argumentation nicht gefolgt werden. Nach dieser Bestimmung sind Angebote von Bieterinnen, deren Befugnis nicht gegeben ist bzw. die ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen oder eingestellt haben, auszuschließen. Unstrittig ist, dass das Mitglied der BIEGE *** seine Gewerbeberechtigung als Zimmer- und Gebäudereiniger seit 1.1.2004 ruhend gemeldet hat. Das Ruhen einer Gewerbeberechtigung für sich alleine ist nicht geeignet das Ausscheiden bzw. den Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren zu begründen. Dies deshalb, weil ein Ruhen der Gewerbeberechtigung an sich nur bedeutet, dass eine Befugnis, die ordnungsgemäß erworben wurde, temporär nicht ausgeübt wird. In das Verfahren der Ruhendmeldung wird die Gewerbebehörde daher auch nicht weiters involviert, weil sich an den Voraussetzungen, die zur Erteilung der Befugnis geführt haben, (vor allem bei reglementierten Gewerben) nichts ändert. Diesbezüglich tritt nur die Wirtschaftskammer mit der zuständigen Fachgruppe in Erscheinung, bei welcher die Ruhendmeldung angezeigt wird, die ihrerseits die Verpflichtung hat, die Ruhendmeldung der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft anzuzeigen. Eine Ruhendmeldung kann für ein in der Zukunft liegendes Datum, aber auch rückwirkend, angezeigt werden. Die Ruhendmeldung eines Gewerbes hat damit zur Folge, dass der Gewerbeinhaber zwar die Kammerbeiträge weiterzahlen muss, dass von ihm jedoch keine Beiträge zur gewerblichen Pflichtversicherung während der Zeit des Ruhens eingehoben werden. Prinzipiell ist davon auszugehen, dass während des Ruhens einer Gewerbeberechtigung keine gewerblichen Aktivitäten ausgeübt werden. Sollte dies dennoch der Fall sein, würde dies einen verwaltungsrechtlich strafbaren Tatbestand darstellen, weil in diesem Fall Abgaben, die an die Sozialversicherung zu leisten wären, hinterzogen werden und auch der Verdacht nahe liegen könnte, dass den Finanzbehörden keine Steuern abgeführt werden. Sollte eine

Ruhendmeldung länger als zwei Jahre währen und während dieser Zeit keine Kammerbeiträge bezahlt werden, wird in der Regel von der zuständigen Wirtschaftskammer die Löschung des Gewerbes aus dem Gewerberegister verfügt. Nach den Ergebnissen des Feststellungsverfahrens ist eine Löschung des Gewerbes von *** betreffend die Zimmer- und Gebäudereinigung bisher nicht vorgenommen worden, *** dürfte auch trotz Ruhendmeldung Einkünfte aus Gewerbetätigkeit erzielt haben. Soweit die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz 3,) BVergG 2006 ausgeschieden hat, kann ihrer Argumentation nicht gefolgt werden. Nach dieser Bestimmung sind Angebote von Bietern, deren Befugnis nicht gegeben ist bzw. die ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen oder eingestellt haben, auszuschneiden. Unstrittig ist, dass das Mitglied der BIEGE *** seine Gewerbeberechtigung als Zimmer- und Gebäudereiniger seit 1.1.2004 ruhend gemeldet hat. Das Ruhen einer Gewerbeberechtigung für sich alleine ist nicht geeignet das Ausscheiden bzw. den Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren zu begründen. Dies deshalb, weil ein Ruhen der Gewerbeberechtigung an sich nur bedeutet, dass eine Befugnis, die ordnungsgemäß erworben wurde, temporär nicht ausgeübt wird. In das Verfahren der Ruhendmeldung wird die Gewerbebehörde daher auch nicht weiters involviert, weil sich an den Voraussetzungen, die zur Erteilung der Befugnis geführt haben, (vor allem bei reglementierten Gewerben) nichts ändert. Diesbezüglich tritt nur die Wirtschaftskammer mit der zuständigen Fachgruppe in Erscheinung, bei welcher die Ruhendmeldung angezeigt wird, die ihrerseits die Verpflichtung hat, die Ruhendmeldung der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft anzuzeigen. Eine Ruhendmeldung kann für ein in der Zukunft liegendes Datum, aber auch rückwirkend, angezeigt werden. Die Ruhendmeldung eines Gewerbes hat damit zur Folge, dass der Gewerbeinhaber zwar die Kammerbeiträge weiterzahlen muss, dass von ihm jedoch keine Beiträge zur gewerblichen Pflichtversicherung während der Zeit des Ruhens eingehoben werden. Prinzipiell ist davon auszugehen, dass während des Ruhens einer Gewerbeberechtigung keine gewerblichen Aktivitäten ausgeübt werden. Sollte dies dennoch der Fall sein, würde dies einen verwaltungsrechtlich strafbaren Tatbestand darstellen, weil in diesem Fall Abgaben, die an die Sozialversicherung zu leisten wären, hinterzogen werden und auch der Verdacht nahe liegen könnte, dass den Finanzbehörden keine Steuern abgeführt werden. Sollte eine Ruhendmeldung länger als zwei Jahre währen und während dieser Zeit keine Kammerbeiträge bezahlt werden, wird in der Regel von der zuständigen Wirtschaftskammer die Löschung des Gewerbes aus dem Gewerberegister verfügt. Nach den Ergebnissen des Feststellungsverfahrens ist eine Löschung des Gewerbes von *** betreffend die Zimmer- und Gebäudereinigung bisher nicht vorgenommen worden, *** dürfte auch trotz Ruhendmeldung Einkünfte aus Gewerbetätigkeit erzielt haben.

Bei einem länger dauernden Ruhen der Gewerbeberechtigung (im vorliegenden Fall ist dies grundsätzlich gegeben, weil die Berechtigung des *** seit 1.1.2004 ruhend gemeldet ist) erhebt sich die Frage, ob hinsichtlich des ruhenden Gewerbes überhaupt noch eine Firmenstruktur vorhanden ist, bzw. ob das Unternehmen für den Fall, dass es aus gegebenem Anlass seine Berechtigung wieder aktiv meldet, in der Lage ist, die von ihm geforderten Leistungen überhaupt zu erbringen. Dies dürfte gegenständlich im Hinblick auf die Erklärung von ***, nur über einen Dienstnehmer zu verfügen, durchaus gegeben sein. Damit wäre jedenfalls ein Ausschlussgrund wegen mangelnder Leistungsfähigkeit gegeben. Dazu kommt, dass *** für sein Gewerbe einen gewerberechtlichen Geschäftsführer nicht bestellt hat, sodass angenommen werden kann, dass er diese Gewerbeberechtigung nicht aktiv betreiben wird.

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragstellerin bezüglich des Unternehmers *** Saldenlisten und Unterlagen vorgelegt, aus denen hervorgeht, dass er trotz Ruhendmeldung Einkünfte aus der Gebäudereinigung erzielt hat. Wenn auch die Ruhendmeldung des Gewerbes an sich nicht ausreicht, einen Ausscheidungstatbestand abzugeben, genügt dieser Umstand jedoch für die Annahme der mangelnden Zuverlässigkeit des ARGE-Partners *** den Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 2 (mangelnde Zuverlässigkeit) zu erfüllen. Im Zuge der Aufklärungsgespräche hat *** diesbezüglich eine schlüssige und nachvollziehbare Erklärung nicht gegeben. Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragstellerin bezüglich des Unternehmers *** Saldenlisten und Unterlagen vorgelegt, aus denen hervorgeht, dass er trotz Ruhendmeldung Einkünfte aus der Gebäudereinigung erzielt hat. Wenn auch die Ruhendmeldung des Gewerbes an sich nicht ausreicht, einen Ausscheidungstatbestand abzugeben, genügt dieser Umstand jedoch für die Annahme der mangelnden Zuverlässigkeit des ARGE-Partners *** den Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, (mangelnde Zuverlässigkeit) zu erfüllen. Im Zuge der Aufklärungsgespräche hat *** diesbezüglich eine schlüssige und nachvollziehbare Erklärung nicht gegeben.

Nach den Ausschreibungsunterlagen werden ausschließlich Reinigungsleistungen, die in der Leistungsbeschreibung näher festgelegt sind, verlangt. Dazu wird in den Ausschreibungsunterlagen als Befugnis die Berechtigung „Denkmal-,

Fassaden- und Gebäudereiniger" festgelegt. Bei der Reinigung des Meiselmarktes handelt es sich daher um eine homogene Leistung, was – im Gegensatz zur Rechtsauffassung der Antragstellerin – bedeutet, dass jeder Partner einer Bietergemeinschaft über die gleiche Gewerbeberechtigung verfügen muss. Nur dann, wenn heterogene (unterschiedliche) Leistungsgegenstände verlangt werden, reicht es im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft aus, dass jedes Mitglied die Befugnis nur für jenen Leistungsteil nachweisen muss, den es konkret erbringen wird. Nun hat das Verfahren nicht zuletzt auf Grund des Vorbringens der Antragstellerin ergeben, dass gegenständlich die Reinigungsleistungen ausschließlich von der *** GmbH erbracht werden sollen, nicht aber vom Einzelunternehmer ***. Dieser stellt lediglich die für die Reinigung notwendigen Geräte zur Verfügung, wobei er diesbezüglich über eine entsprechende Gewerbeberechtigung nicht verfügt.

Dieser Umstand wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn es sich um eine inhomogene Leistung handeln sollte, wenn Tätigkeiten ausgeschrieben werden, die von der Befugnis her gesehen durch zwei reglementierte Gewerbe ausgeführt werden sollen. Der Meiselmarkt ist keine öffentliche Verkehrsfläche, weshalb eine Gewerbeberechtigung lautend auf Reinigung öffentlicher Verkehrsflächen nicht geeignet ist, die Befugnisvoraussetzungen zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen zu erfüllen. Das Schwergewicht der ausgeschriebenen Leistungen liegt in der Reinigung des Gebäudes, in dem der Meiselmarkt untergebracht ist. Wenn nun eine Bietergemeinschaft im Zuge eines Ausschreibungsverfahrens als Bestbieter hervorgeht und den Zuschlag erhält, wird sie automatisch zur Arbeitsgemeinschaft, in welcher Solidarhaftung gilt. Es ist daher zu prüfen, ob im Anlassfall eine derartige Solidarhaftung tatsächlich zum Tragen kommen kann. Dies ist nicht der Fall, wenn einer der Partner die diesbezüglichen Voraussetzungen nicht erfüllt, weil er dann nicht in der Lage ist, jene Tätigkeiten des ausgefallenen Partners zu verrichten, die dieser auf Grund seiner Gewerbeberechtigung verrichtet hat.

Im vorliegenden Fall ist dieser Tatbestand gegeben, da auf Grund der Tatsache des jahrelangen Ruhens der Gewerbeberechtigung nicht angenommen werden kann, dass *** im Falle des Ausfalles der *** GmbH zur Leistungserbringung in Anspruch genommen werden kann. Dies wird auch durch das Vorbringen der Antragstellerin erhärtet, wonach nicht beabsichtigt ist, dass *** irgendwelche Reinigungsleistungen bei Ausführung des Auftrages erbringen soll. Da somit nur ein Mitglied der Bietergemeinschaft über die entsprechende Gewerbeberechtigung verfügt, es sich um die Ausführung einer homogenen Leistung handelt, erweist sich die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin als im Ergebnis berechtigt.

Dazu kommt, dass die Antragstellerin es im Zuge der Angebotsprüfung unterlassen hat, innerhalb der ihr gestellten Frist die verlangten Aufklärungen im ausreichenden Maße und mit einer nachvollziehbaren Begründung zu geben. So hat die Antragstellerin es trotz entsprechender Aufforderung unterlassen, eine Geräteauflistung, die bereits in den Ausschreibungsunterlagen gefordert war, vorzulegen. Ebenso ist es der Antragstellerin nicht gelungen, für ihre Mitglieder entsprechende Bilanzen bzw. Jahresabschlüsse für die Jahre 2005 und 2006 zu legen. Die nach dem Aufklärungsgespräch vom 16.10.2007, nach der Zuschlagsentscheidung nachgereichten Erklärungen ihres Steuerberaters vermögen die von der Antragsgegnerin geforderten Unterlagen zum Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit nicht zu ersetzen, selbst wenn man unberücksichtigt lassen würde, dass diese Bestätigungen verspätet nachgereicht wurden. Ebenso hat die Antragstellerin einen ausreichenden, eindeutigen Nachweis einer bestehenden Haftpflichtversicherung trotz Aufforderung nicht erbracht. Wenn daher die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin auch wegen mangelnder finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der beiden BIEGE-Partner nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 ausgeschieden hat, so ist dies in vergaberechtlich unbedenklicher Weise geschehen. Aus all diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen. Dazu kommt, dass die Antragstellerin es im Zuge der Angebotsprüfung unterlassen hat, innerhalb der ihr gestellten Frist die verlangten Aufklärungen im ausreichenden Maße und mit einer nachvollziehbaren Begründung zu geben. So hat die Antragstellerin es trotz entsprechender Aufforderung unterlassen, eine Geräteauflistung, die bereits in den Ausschreibungsunterlagen gefordert war, vorzulegen. Ebenso ist es der Antragstellerin nicht gelungen, für ihre Mitglieder entsprechende Bilanzen bzw. Jahresabschlüsse für die Jahre 2005 und 2006 zu legen. Die nach dem Aufklärungsgespräch vom 16.10.2007, nach der Zuschlagsentscheidung nachgereichten Erklärungen ihres Steuerberaters vermögen die von der Antragsgegnerin geforderten Unterlagen zum Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit nicht zu ersetzen, selbst wenn man unberücksichtigt lassen würde, dass diese Bestätigungen verspätet nachgereicht wurden. Ebenso hat die Antragstellerin einen ausreichenden, eindeutigen Nachweis einer bestehenden Haftpflichtversicherung trotz Aufforderung nicht erbracht. Wenn daher die Antragsgegnerin das Angebot

der Antragstellerin auch wegen mangelnder finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der beiden BIEGE-Partner nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 ausgeschieden hat, so ist dies in vergaberechtlich unbedenklicher Weise geschehen. Aus all diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 4.12.2007 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 4.12.2007 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 Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Ruhendmeldung einer Gewerbeberechtigung; Mangelnde Zuverlässigkeit; Homogene Leistung – jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft benötigt die gleiche Gewerbeberechtigung.

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2008

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