

TE Verg Bescheid 2005/9/30 VKS-2676/05

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.09.2005

Norm

WVRG §1 Abs2 Z1

WVRG §2 Abs2 und 4

WVRG §11 Abs2 Z2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z1 litc

WVRG §23 Abs5

WVRG §30

BVergG 2002 §3 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1

BVergG 2002 §9 Abs1

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

BVergG 2002 §56 Abs1 Z1

BVergG 2002 §100 Abs1

AVG §74

GewO 1994 §94 Z5

GewO 1994 §99 Abs1

GewO 1994 §373c Abs1

1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007
1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008

10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 99 heute
2. GewO 1994 § 99 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 99 gültig von 27.03.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
4. GewO 1994 § 99 gültig von 01.01.2014 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
5. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
6. GewO 1994 § 99 gültig von 14.09.2012 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
7. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
8. GewO 1994 § 99 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
9. GewO 1994 § 99 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 373c heute
2. GewO 1994 § 373c gültig ab 18.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
3. GewO 1994 § 373c gültig von 14.11.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
4. GewO 1994 § 373c gültig von 27.02.2008 bis 13.11.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
5. GewO 1994 § 373c gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 373c gültig von 11.08.2000 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
7. GewO 1994 § 373c gültig von 11.02.2000 bis 10.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 12/2000
8. GewO 1994 § 373c gültig von 01.07.1997 bis 10.02.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
9. GewO 1994 § 373c gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
10. GewO 1994 § 373c gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der ***, vertreten durch Held Berdnik Astner & Partner Rechtsanwälte GmbH in Graz, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Bauauftrages zur Errichtung einer Autobusgroßgarage auf dem Gelände des Gaswerkes Leopoldau in 1210 Wien, Pfendlergasse / Katharina-Scheiter-Gasse, Konstruktiver Stahlbau,

Ausschreibungsnummer: WLB 65 OS 3-01-05, durch die Antragsgegnerin Wiener Linien GmbH & Co. KG, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, nach mündlicher

Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, der Vergabekontrollsenat wolle die Entscheidung der Auftraggeberin, der Mitbieterin *** den Zuschlag auf deren Angebot zu erteilen, für nichtig erklären, wird zurückgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die mit Bescheid vom 2.9.2005 erlassene einstweilige Verfügung wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
Der Antrag auf Ersatz der der Antragstellerin entstandenen Verfahrenskosten, Vertretungskosten und Pauschalgebühren, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 2 Z 1, 2 Abs. 2 und 4, 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 23 Abs. 5, 30 WVRG und §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1, 9 Abs. 1, 20 Z 13 lit. a sublit. aa, 56 Abs. 1 Z 1, 100 Abs. 1 BVergG 2002, § 74 AVG und §§ 94 Z 5, 99 Abs. 1 und 373c Abs. 1 GewO 1994.Paragraphen eins, Absatz 2, Ziffer eins, 2, Absatz 2 und 4, 11 Absatz 2, Ziffer 2, 13,

Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 23 Absatz 5, 30, WVRG und Paragraphen 3, Absatz eins, 7, Absatz eins, 9, Absatz eins, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 56 Absatz eins, Ziffer eins, 100, Absatz eins, BVergG 2002, Paragraph 74, AVG und Paragraphen 94, Ziffer 5, 99, Absatz eins und 373 c Absatz eins, GewO 1994.

Begründung:

Vorweg ist festzuhalten, dass die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz als Antragsgegnerin sowohl die Wiener Linien GmbH & Co. KG als auch die Wiener Linien GmbH bezeichnet. Nach den Ausschreibungsunterlagen ist klar ersichtlich, dass Auftraggeberin die Wiener Linien GmbH & Co. KG ist, und die Wiener Linien GmbH lediglich als ihre nach außen vertretungsbefugte Geschäftsführerin auftritt. Vergaberechtlicher Auftraggeber ist die Wiener Linien GmbH & Co. KG (im Folgenden kurz Antragsgegnerin genannt).

Die Antragsgegnerin, ein zu 100 % im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) Wien beherrscht wird und damit öffentlicher Auftraggeber ist (§ 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe des Bauauftrages zur Errichtung einer Autobusgroßgarage, wobei gegenständlich der konstruktive Stahlbau zur Ausschreibung gelangte. Die Antragsgegnerin hat den Bauauftrag ordnungsgemäß und europaweit kundgemacht. Nach den Angebotsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich (§ 9 Abs. 3 Z 5 BVergG 2002). Die Antragsgegnerin, ein zu 100 % im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) Wien beherrscht wird und damit öffentlicher Auftraggeber ist (Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe des Bauauftrages zur Errichtung einer Autobusgroßgarage, wobei gegenständlich der konstruktive Stahlbau zur Ausschreibung gelangte. Die Antragsgegnerin hat den Bauauftrag ordnungsgemäß und europaweit kundgemacht. Nach den Angebotsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich (Paragraph 9, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG 2002).

Das Ende der Angebotsfrist war nach ordnungsgemäß kundgemachter Verlängerung der 24.6.2005, 9.00 Uhr. Die Öffnung der Angebote erfolgte anschließend. Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin durch Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt.

Bei der Angebotsöffnung am 24.6.2005 wurde ihr Angebot als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Mit Schreiben vom 8.8.2005, eingelangt bei der Antragstellerin am 10.8.2005 hat die Antragsgegnerin dieser ohne nähere Gründe mitgeteilt, dass deren Angebot „vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen wird“. Weiters teilte die Antragsgegnerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag dem an 2. Stelle gelegenen Unternehmen erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung).

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 23.8.2005 und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Ersatz der der Antragstellerin entstandenen „Verfahrenskosten, Vertretungskosten und Pauschalgebühren“. Erkennbar wendet sich die Antragstellerin darin auch gegen die Ausscheidung ihres Angebotes (vgl. Abschnitt I des Antrages). Sie führt im einzelnen aus, durch eine nicht objektive und diskriminierende Angebotsprüfung sei sie in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes verletzt worden. Die auf Grund ihrer Anfrage von der Antragsgegnerin mitgeteilten Ausscheidungsgründe lägen nicht vor. Die Antragstellerin habe die Aufklärungsersuchen und Anfragen der Antragsgegnerin, die im Zuge der Angebotsprüfung ergangen seien, stets umfassend und rasch beantwortet. Hingegen müsse der Antragsgegnerin vorgeworfen werden, dass sie keine umfassende und komprimierte Prüfung des Angebotes vorgenommen habe, sondern Anfragen mehrmals über mehrere Wochen hinweg zu einzelnen, verschiedenen Punkten des Angebotes „scheibchenweise“ gestellt worden wären. Da die Antragsgegnerin nach Beantwortung einzelner Fragen durch die Antragstellerin nicht mehr auf diese zurückgekommen sei, habe die Antragstellerin annehmen müssen, ausreichend und umfassend geantwortet zu haben. Die Antragstellerin habe den nach den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis des Mindestumsatzes durch Referenzlisten/Tätigkeitslisten erbracht. Dabei habe sie auf ihre unternehmerische Verflechtung mit Partnerschaften verwiesen, „die eine wirtschaftliche und organschaftliche Einheit mit Holdingunternehmen“ abgeben würde. In sämtlichen Unternehmen der Gruppe sei DI *** als Geschäftsführer und wirtschaftlicher de facto allein verfügungsberechtigter Eigentümer

ausgewiesen, alle Unternehmen befänden sich am gleichen Standort und in den selben Unternehmensräumlichkeiten, sämtliche drei Unternehmen würden von den deutschen Finanzbehörden gemeinsam veranlagt, es liege somit Organschaft vor. Die Referenzen dieser drei Unternehmen seien wechselseitig anzurechnen. Damit werde der geforderte Mindestumsatz jedenfalls erreicht und nachgewiesen. Die Antragstellerin habe auch nachgewiesen, dass sie eine Halle mit mehr als der geforderten Mindestfläche von 8.000 m² brutto errichtet habe. Die Antragstellerin habe ihre Befugnisse auch bereits im Rahmen des Angebotes durch entsprechende Unterlagen nachgewiesen. Diesbezüglich sei auf den Bescheid des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 2.3.2005 hingewiesen, „aus dem sich die Berechtigung für Hochbauten und Tiefbauten, verwandte Bauten und demgemäß auch Stahlbauten im engsten und weitesten Sinn ergibt“. Die erforderliche Befugnis sei damit nachgewiesen. Es verbleibe sohin keine Teilleistung aus dem Auftragsumfang, für den die Antragstellerin über keine gewerberechtliche Befugnis verfügen würde und für die die Befugnis allenfalls durch Subunternehmen zu substituieren wäre. Es habe daher eine Verbindlichkeit „die Frage ob Subunternehmer allenfalls hinkünftig bei der Auftragserteilung beigezogen werden vorzeitig, also mit dem Angebot bzw. vor Zuschlagserteilung, intern zu klären bzw. auch gegenüber der Antragsgegnerin bekannt zu geben“ im konkreten Fall jedenfalls nicht bestanden. Letztlich hat die Antragstellerin bezweifelt, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen über die verlangten Referenznachweise bzw. Befugnisse verfügen würde. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 23.8.2005 und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Ersatz der der Antragstellerin entstandenen „Verfahrenskosten, Vertretungskosten und Pauschalgebühren“. Erkennbar wendet sich die Antragstellerin darin auch gegen die Ausscheidung ihres Angebotes vergleiche Abschnitt römisch eins des Antrages). Sie führt im einzelnen aus, durch eine nicht objektive und diskriminierende Angebotsprüfung sei sie in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes verletzt worden. Die auf Grund ihrer Anfrage von der Antragsgegnerin mitgeteilten Ausscheidungsgründe lägen nicht vor. Die Antragstellerin habe die Aufklärungsersuchen und Anfragen der Antragsgegnerin, die im Zuge der Angebotsprüfung ergangen seien, stets umfassend und rasch beantwortet. Hingegen müsse der Antragsgegnerin vorgeworfen werden, dass sie keine umfassende und komprimierte Prüfung des Angebotes vorgenommen habe, sondern Anfragen mehrmals über mehrere Wochen hinweg zu einzelnen, verschiedenen Punkten des Angebotes „scheibchenweise“ gestellt worden wären. Da die Antragsgegnerin nach Beantwortung einzelner Fragen durch die Antragstellerin nicht mehr auf diese zurückgekommen sei, habe die Antragstellerin annehmen müssen, ausreichend und umfassend geantwortet zu haben. Die Antragstellerin habe den nach den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis des Mindestumsatzes durch Referenzlisten/Tätigkeitslisten erbracht. Dabei habe sie auf ihre unternehmerische Verflechtung mit Partnerschaften verwiesen, „die eine wirtschaftliche und organschaftliche Einheit mit Holdingunternehmen“ abgeben würde. In sämtlichen Unternehmen der Gruppe sei DI *** als Geschäftsführer und wirtschaftlicher de facto allein Verfügungsberechtigter Eigentümer ausgewiesen, alle Unternehmen befänden sich am gleichen Standort und in den selben Unternehmensräumlichkeiten, sämtliche drei Unternehmen würden von den deutschen Finanzbehörden gemeinsam veranlagt, es liege somit Organschaft vor. Die Referenzen dieser drei Unternehmen seien wechselseitig anzurechnen. Damit werde der geforderte Mindestumsatz jedenfalls erreicht und nachgewiesen. Die Antragstellerin habe auch nachgewiesen, dass sie eine Halle mit mehr als der geforderten Mindestfläche von 8.000 m² brutto errichtet habe. Die Antragstellerin habe ihre Befugnisse auch bereits im Rahmen des Angebotes durch entsprechende Unterlagen nachgewiesen. Diesbezüglich sei auf den Bescheid des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 2.3.2005 hingewiesen, „aus dem sich die Berechtigung für Hochbauten und Tiefbauten, verwandte Bauten und demgemäß auch Stahlbauten im engsten und weitesten Sinn ergibt“. Die erforderliche Befugnis sei damit nachgewiesen. Es verbleibe sohin keine Teilleistung aus dem Auftragsumfang, für den die Antragstellerin über keine gewerberechtliche Befugnis verfügen würde und für die die Befugnis allenfalls durch Subunternehmen zu substituieren wäre. Es habe daher eine Verbindlichkeit „die Frage ob Subunternehmer allenfalls hinkünftig bei der Auftragserteilung beigezogen werden vorzeitig, also mit dem Angebot bzw. vor Zuschlagserteilung, intern zu klären bzw. auch gegenüber der Antragsgegnerin bekannt zu geben“ im konkreten Fall jedenfalls nicht bestanden. Letztlich hat die Antragstellerin bezweifelt, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen über die verlangten Referenznachweise bzw. Befugnisse verfügen würde.

Zu dem der Antragstellerin drohenden Schaden hat sie ausgeführt, sollte sie den Zuschlag nicht erhalten, würde ihr ein Betrag von rund Euro 235.000,-- an Gewinn bzw. Deckungsbeitrag, einschließlich der Regiegemeinkosten, entgehen.

Dazu kämen noch frustrierte Aufwendungen für die Angebotslegung von rund Euro 2.000,-- . Ebenso würde die Antragstellerin ein bedeutendes Referenzprojekt verlieren. Die Antragstellerin hat auch nachgewiesen, dass sie die Antragsgegnerin rechtzeitig und ausreichend von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt und die nach § 30 WVRG geforderten Gebühren entrichtet hat. Zu dem der Antragstellerin drohenden Schaden hat sie ausgeführt, sollte sie den Zuschlag nicht erhalten, würde ihr ein Betrag von rund Euro 235.000,-- an Gewinn bzw. Deckungsbeitrag, einschließlich der Regiegemeinkosten, entgehen. Dazu kämen noch frustrierte Aufwendungen für die Angebotslegung von rund Euro 2.000,-- . Ebenso würde die Antragstellerin ein bedeutendes Referenzprojekt verlieren. Die Antragstellerin hat auch nachgewiesen, dass sie die Antragsgegnerin rechtzeitig und ausreichend von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt und die nach Paragraph 30, WVRG geforderten Gebühren entrichtet hat.

In ihren Schriftsatz vom 29.8.2005 hat sich die Antragsgegnerin gegen die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sowie die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen. Die Antragsgegnerin hat darin zunächst die Antragslegitimation der Antragstellerin bestritten, weil deren Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei. Damit fehle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation, weil sie selbst bei Stattgebung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht zum Zuge kommen könnte. Sie hat weiters darauf hingewiesen, dass Auftraggeberin nicht die „Wiener Linien GmbH“ sondern nur die „Wiener Linie GmbH & Co. KG“ wären. In der Sache hat sie ausgeführt, dass der Antragstellerin mehrfach im Zuge der Prüfung der Angebote die Möglichkeit zur Mängelbehebung eingeräumt worden wäre, dessen ungeachtet die im Schreiben vom 18.8.2005 angeführten Ausscheidungsgründe jedoch weiterhin gegeben seien. Der Antragstellerin sei es nicht gelungen den nach den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis eines Mindestumsatzes von 6 Millionen Euro pro Jahr für Stahlbauarbeiten zu erbringen. Auch die technische Leistungsfähigkeit sei von der Antragstellerin insoweit nicht nachgewiesen worden, als sie den Nachweis über mindestens ein Bauvorhaben für eine Halle – Konstruktiver Stahlbau – von mindestens 8.000 m2 brutto Grundrissfläche mit der Referenzliste über die in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen nicht erbringen konnte. Letztlich sei auch fraglich, ob die entsprechende Gewerbeberechtigung vorliege. Das Angebot der Antragstellerin habe daher ausgeschieden werden müssen.

Mit Bescheid vom 2.9.2005 hat der Vergabekontrollsenat die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich wird auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden.

Auf der Grundlage der Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit von der Antragstellerin nicht bestritten wurde, sowie der im Verfahren erstatteten und jeweils der Gegenseite zur Kenntnis gebrachten Schriftsätze und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, trifft der Vergabekontrollsenat nachstehende, den eingangs wiedergegebenen und als unstrittig anzusehenden Sachverhalt ergänzende, Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentlicher Auftraggeber den gegenständlichen Bauauftrag nach ordnungsgemäßer Bekanntmachung in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe ausgeschrieben. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Die Antragstellerin hat sich durch rechtzeitige Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Auf Grund der Ergebnisse der Verlesung der Angebote im Zuge der Angebotsöffnung am 24.6.2005 steht fest, dass die Antragstellerin das Angebot mit dem niedrigsten Preis, das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen das zweitgünstigste Angebot gelegt hat.

Nach den Ausschreibungsunterlagen sind folgende, für das gegenständliche Verfahren bedeutsame Bestimmungen hervorzuheben:

Nach den allgemeinen Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke für Bauleistungen, WSTW 9314, Pkt. 2.2.7 hatte jedes Angebot zu enthalten:

„(2) Bekanntgabe jener Teilleistungen, für die der Bieter keine gewerberechtliche Befugnis besitzt und deshalb diese Teilleistungen an Subunternehmer weiterzugeben, beabsichtigt. Dabei sind jeweils die in Frage kommenden Subunternehmer zu nennen;....“

Nach den allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke, WSTW 9310

Teil 1, war der Nachweis der Gewerbeberechtigung oder Befugnis mit dem Angebot

zu erbringen. Für Bauleistungen und Dienstleistungen findet sich der Hinweis (Punkt 1.2.1 Befugnis) auf die Bestimmungen der Gewerbeordnung und die Möglichkeit der Gleichhaltung mit einer inländischen Befähigung im Sinne der §§ 373c und 373d GewO. Weiters wird in Punkt 1.1 „Allgemeines“ ausgeführt, dass „die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig ist verbundene Unternehmen müssen namhaft gemacht werden. Der Auftraggeber hat wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen.... selbst auszuführen. Die Weitergabe von Teilen der Leistungen ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis sowie die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit besitzt“.

Schließlich werden in den speziellen Ergänzungen zu den allgemeinen Eignungsanforderungen und den Angebotsbestimmungen der Wiener Stadtwerke WSTW 9310, Teil 1 und 2, spezielle, auf das gegenständliche Ausschreibungsprojekt und das Gewerk „Konstruktiver Stahlbau“ bezogene Nachweise zur Eignungsanforderung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangt.

Hervorzuheben ist: „Mindestumsatz (Ergänzung zu WSTW 9310, Pkt.1.2.2): Die „Allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke – WSTW 9310 Teile 1 (Ausgabe 1.5.2004)“ Punkt 1.2.2 finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird wie folgt ergänzt: Für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist ein Mindestumsatz von 6 Millionen Euro/Jahr für Stahlbauarbeiten nachzuweisen. Sofern die Leistungen in Bietergemeinschaft angeboten werden, ist der Nachweis von der Bietergemeinschaft (Umsatz in Summe) zu erbringen.“

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit werden verlangt:

„Referenzen (Ergänzung zu WSTW 9310, Pkt.1.2.3):

In Ergänzung zu den „Allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke WSTW 9310, Teil 1 (Ausgabe 01.05.2004)“, Punkt.1.2.3 ist für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Referenzliste über in den letzten drei Jahren erbrachte Leistungen inklusive Angabe der Größe, über deren Ausführung mit Angabe des Ortes, der Zeit und des Wertes der Leistungserfüllung sowie der Auftraggeber mit Ansprechperson beizulegen. Sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaft erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben. Subunternehmerleistungen werden als Eigenleistungen anerkannt.

Es ist die Erbringung folgender Mindestreferenzen nachzuweisen:

Mindestens ein Bauvorhaben für eine Halle – Konstruktiver Stahlbau – mit mindestens 8.000 m² Bruttogrundrissfläche.“

Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot eine Referenzliste vorgelegt, in der 14 Projekte mit einem Bearbeitungsvolumen von über 200 Millionen Euro enthalten sind. Weiters hat die Antragstellerin im Zuge der Prüfung der Angebote am 6.7.2005 der Antragsgegnerin eine Darstellung über die unternehmerische Verflechtung, die Partnerschaften und die organschaftlichen Einheiten der im Holdingunternehmen zusammengefassten Firmen übergeben. Aus diesen von der Antragstellerin übermittelten Unterlagen ist nicht ersichtlich, welche konkreten Anteile bei der Ausführung dieser Projekte auf den Stahlbau entfallen oder von der Antragstellerin ausgeführt wurden.

Zur technischen Leistungsfähigkeit ist aus der von der Antragstellerin übermittelten Referenzliste nicht klar ersichtlich welcher Anteil der darin verzeichneten Leistungen auf Stahlelemente oder auf die Montage entfällt. Den Referenzlisten kann durchaus entnommen werden, dass die Antragstellerin in den vergangenen Jahren Planungen, Steuerungen und (zum Teil) auch die Abwicklung der Errichtung in Form einer Aufsicht durchgeführt hat; Referenzen, dass sie tatsächlich auch in der Montage tätig war, sind diesen Referenzlisten nicht zu entnehmen. Obwohl die Antragsgegnerin die Antragstellerin mehrfach um Aufklärung ersucht und ihr die Möglichkeit zur Referenzerbringung durch Subunternehmer aufgezeigt hat, sind die nach den Ausschreibungsunterlagen erforderlichen Referenzen nicht beigebracht worden. Im Zuge der im Zusammenhang mit den Referenznachweisen geführten Gesprächen hat die

Antragstellerin den Standpunkt vertreten, dass sie Subauftragnehmer beschäftigen werde, diese aber jetzt nicht nennen werde (und könne), was sie mit Schreiben vom 14.7.2005 auch bestätigt hat. Subunternehmer wurden von der Antragstellerin auch nicht in ihrem Angebot genannt.

Zum Nachweis der Befugnis hat die Antragstellerin am 20.7.2005 unter anderem einen Bescheid des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 2.3.2005 vorgelegt, nach dem gemäß § 373c Abs. 1 GewO 1994 bescheinigt wird, dass die von Herrn *** tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten „als ausreichender Nachweis seiner Befähigung für das Baumeistergewerbe gemäß § 94 Z 5 GewO 1994 eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“, anerkannt werde. Zum Nachweis der Befugnis hat die Antragstellerin am 20.7.2005 unter anderem einen Bescheid des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 2.3.2005 vorgelegt, nach dem gemäß Paragraph 373 c, Absatz eins, GewO 1994 bescheinigt wird, dass die von Herrn *** tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten „als ausreichender Nachweis seiner Befähigung für das Baumeistergewerbe gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994 eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“, anerkannt werde.

Nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung steht fest, dass die Antragstellerin selbst bisher keine Leistungen unmittelbar im Stahlbau erbracht hat, sondern die Planung, Bauüberwachung und Baudurchführung vorgenommen hat. Tatsächlicher Leistungserbringer bei der Errichtung des Bahnhofes (in Berlin) war die „***“, bei der es sich um ein selbständiges, von der Antragstellerin unabhängiges Unternehmen handelt. Der Schwerpunkt der Tätigkeit der Antragstellerin ist die Planung und die Überwachung der Ausführung der Arbeiten. Dies soll auch bei den gegenständlichen ausgeschriebenen Leistungen so erfolgen (Seite 5 des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 30.9.2005). Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung unterstrichen, dass die Antragstellerin über keine eigene Produktion verfügt, sondern nur die Planung vornimmt und die Ausführung überwacht. Die Antragstellerin unterscheidet drei Schritte, nämlich die Planung, die Herstellung der Teile und die Montage. Die Antragstellerin führt den ersten und dritten Schritt durch, nicht aber die Herstellung selbst. Die Herstellung der Teile, die später zum Stahlbauwerk zusammengefügt werden sollen, wird aber von der Antragstellerin überwacht. Gegenständlich wurde das Angebot danach erstellt, dass die Antragstellerin die Planung übernimmt, die Herstellung von einem anderen Unternehmen durchgeführt wird, die Antragstellerin die Herstellung überwacht und dann die hergestellten Teile mit eigenen Leuten montiert. Ein Subunternehmer für die Herstellung der Teile, die im Rahmen des „Schrittes 2“ erfolgt, ist von der Antragstellerin nicht genannt worden (Seite 6 des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 30.9.2005). Die Antragstellerin geht auf Grund des Inhaltes des Anerkennungsbescheides davon aus, dass dadurch auch die Befugnis für den Stahlbau in Österreich gegeben wäre. Die Antragstellerin verfügt über keinen sonstigen Nachweis, mit Ausnahme des von den deutschen Behörden ausgestellten Nachweises hinsichtlich Planung/Stahlbau. (Seite 7 des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 30.9.2005).

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen ein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 8.8.2005, der Antragstellerin am 10.8.2005 zugekommen, hat die Antragsgegnerin dieser zunächst die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt. Über Aufforderung im Sinne des § 100 Abs. 1 BVergG 2002 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Gründe für die Ausscheidung wie folgt mitgeteilt: Mit Schreiben vom 8.8.2005, der Antragstellerin am 10.8.2005 zugekommen, hat die Antragsgegnerin dieser zunächst die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt. Über Aufforderung im Sinne des Paragraph 100, Absatz eins, BVergG 2002 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Gründe für die Ausscheidung wie folgt mitgeteilt:

„Das Angebot ihrer Mandantschaft (i.d.F. „****“) genannt, war aus folgenden Gründen auszuschneiden; Das Angebot ihrer Mandantschaft in der Fassung „****“) genannt, war aus folgenden Gründen auszuschneiden:

*** erreicht nicht den geforderten Mindestumsatz (6 Mio Euro/Jahr für Stahlbauarbeiten). Trotz Nachfristsetzung wurde lediglich auf die Bausummen in der Organschaftsgruppe verwiesen.

*** weist nicht die erforderlichen Referenzen auf. Trotz Nachfristsetzung wurden die geforderten Nachweise (mindestens eine Halle mit mindestens 8000 m2 brutto Grundrissfläche) nicht erbracht. Das einzig genannte Projekt wurde vom Bieter lediglich im Umfang der Überwachung und Planung, nicht jedoch der eigentlichen Fertigung und Montage ausgeführt. Trotz nochmaligem Hinweises und Fristsetzung wurden auch keine Subunternehmer genannt.

*** hat telefonisch erklärt, nur die Werkstattplanung und Montage selbst durchführen zu wollen und jedenfalls

Subunternehmer für die eigentliche Stahlbaufertigung beschäftigen zu wollen. Er nannte diese jedoch bewusst nicht und auch nicht den Anteil am Gesamtauftrag.

Da ursprünglich auch die Befugnis zumindest fraglich war, wurde die Vorlage zusätzlicher Unterlagen gefordert. *** legte in der Folge ein bereits vorgelegtes Dokument offensichtlich verfälscht vor, um den Eindruck zu erwecken zusätzliche Befugnisse zu haben. Dass die Befugnis in der Folge auf andere Art und Weise nachgewiesen wurde hat mit diesem Umstand nichts zu tun."

Der dagegen gerichtete Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 23.8.2005 eingelangt.

Dieser ergänzend festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der als unbedenklich zu wertenden Akten des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung. Danach steht zunächst fest, dass die Antragsgegnerin offenbar am Angebot der Antragstellerin, weil es das Billigste war, wesentliches Interesse hatte und daher mehrfach versuchte, Mängel dieses Angebotes zu beseitigen. Dazu wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 4.7., 6.7., 12.7., 13.7., 14.7. und 18.7.2005 sowie in mehreren Telefonaten, die in der Aktenlage dokumentiert sind, aufgefordert diese genau mitgeteilten Mängel zu beheben. Offenbar war nach der Aktenlage die Antragstellerin nicht in der Lage, die geforderten Nachweise zu erbringen. Dies wird auch durch das Vorbringen des Geschäftsführers der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung unterstrichen, der eindeutig angegeben hat, bisher die eigentliche Fertigung und Montage von Stahlbaukonstruktionen nicht vorgenommen zu haben. Tatsächliche Leistungserbringer etwa bei der Errichtung des Referenzprojektes „Bahnhof Berlin" wäre die „***" gewesen. Die Ansicht des Geschäftsführers der Antragstellerin die technische Leistungsfähigkeit seines Unternehmens für die gegenständliche Leistung würde sich nicht aus der tatsächlichen Ausführung der Arbeiten (Zusammensetzen der Stahlbauteile) sondern aus der Planung und Überwachung dieser Arbeiten ergeben, diese Ansicht liege auch dem Angebot zugrunde, deckt sich nicht mit den klaren Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen. Damit kann als eindeutig erwiesen angenommen werden, dass vor allem die Planungsleistungen und die Überwachung der Ausführung der Arbeiten angeboten wurde, nicht aber die Herstellung und Montage selbst. Der Vergabekontrollsenat hatte keinen Grund an der Richtigkeit des Vorbringens des Geschäftsführers der Antragstellerin zu zweifeln, weshalb er dessen Ausführungen vollinhaltlich für seine Feststellungen verwendet hat.

Ausgehend von diesen Feststellungen erweist sich aber die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin durch die Antragsgegnerin als berechtigt. Zu den einzelnen, von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründen ist wie folgt auszuführen:

Nach den Ausschreibungsunterlagen war der Nachweis eines Mindestumsatzes von 6 Mio Euro pro Jahr für Stahlbauarbeiten gefordert. Dazu waren entsprechende Nachweise zu erbringen. Den von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen über Großprojekte, wobei nicht einmal sie Leistungserbringerin war sondern nach ihrem Vorbringen zur Holding gehörende Unternehmen diese Leistungen erbracht haben, ist nicht ersichtlich, welche Anteile dieser Leistungen dabei dem Stahlbau zuzurechnen sind. Trotz Aufforderung durch die Antragsgegnerin ist ein befriedigender Nachweis über die Leistungen der Antragstellerin im Zusammenhang mit von ihr erbrachten Stahlbauten nicht erbracht worden.

Gemäß § 56 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002 kann der Auftraggeber als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit „bei Bauaufträgen eine Erklärung über den Gesamt- oder spartenspezifischen Umsatz bei der Ausführung von Bauarbeiten der letzten drei Geschäftsjahre" verlangen. In diesem Rahmen hat die Antragsgegnerin sich bewegt, als sie eine diesbezügliche Bestimmung in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen und im Rahmen der Mängelbehebung versucht hat, der Antragstellerin einen entsprechenden Nachweis abzuverlangen. Dabei wäre es der Antragstellerin möglich gewesen, worauf sie von der Antragsgegnerin hingewiesen wurde, die fehlenden Referenzen zur Beurteilung der finanziellen oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer nachzuweisen. Soweit sich die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf die Leistungen der Firmen, die zur Holding gehören, bezieht, ist für sie nichts gewonnen, da daraus eine Haftung für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht abgeleitet werden kann. Dass eine entsprechende Haftungserklärung vorliegen würde, wurde weder behauptet noch ist dies hervorgekommen. Die in der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung vermag, da erst nach Zuschlagsentscheidung abgegeben, eine solche nicht zu ersetzen. Gemäß Paragraph 56, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 kann der Auftraggeber als Nachweis für die finanzielle und

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit „bei Bauaufträgen eine Erklärung über den Gesamt- oder spartenspezifischen Umsatz bei der Ausführung von Bauarbeiten der letzten drei Geschäftsjahre" verlangen. In diesem Rahmen hat die Antragsgegnerin sich bewegt, als sie eine diesbezügliche Bestimmung in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen und im Rahmen der Mängelbehebung versucht hat, der Antragstellerin einen entsprechenden Nachweis abzuverlangen. Dabei wäre es der Antragstellerin möglich gewesen, worauf sie von der Antragsgegnerin hingewiesen wurde, die fehlenden Referenzen zur Beurteilung der finanziellen oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer nachzuweisen. Soweit sich die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf die Leistungen der Firmen, die zur Holding gehören, bezieht, ist für sie nichts gewonnen, da daraus eine Haftung für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht abgeleitet werden kann. Dass eine entsprechende Haftungserklärung vorliegen würde, wurde weder behauptet noch ist dies hervorgekommen. Die in der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung vermag, da erst nach Zuschlagsentscheidung abgegeben, eine solche nicht zu ersetzen.

Der Antragstellerin ist es auch nicht gelungen, im Rahmen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit eine Referenz für mindestens ein Bauwerk (Halle - Konstruktiver Stahlbau, mindestens 8000 m2 brutto Grundrissfläche) zu erbringen. Auch damit hat sie die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt. Den von ihr genannten Referenzbauwerken ist nicht zu entnehmen, ob die Antragstellerin die Montage dafür selbst durchgeführt hat. Ein entsprechender Nachweis liegt trotz wiederholter Nachfrage durch die Antragsgegnerin nicht vor. Der von der Antragstellerin erbrachte Nachweis betreffend das Bauvorhaben „Rotes Kreuz" Linz erreicht nicht annähernd die geforderte Mindestumsatzsumme von 6 Mio Euro pro Jahr. Aber auch hier hat nach der Aktenlage die Antragstellerin weder die Fertigung noch die Montage des Stahlbaus selbst übernommen. Soweit sich die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 13.7.2005 als Nachweis „für das Geschäftsjahr 2004...." auf die Bestellung für das Projekt „Berlin Hauptbahnhof" beruft, handelt es sich dabei um eine Bestellung vom 11.5.2004, die sich an die Projektrealisierungsgesellschaft *** GmbH richtet, ohne dass der Anteil der Antragstellerin an diesem Auftrag näher ersichtlich wäre. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang einen Ausscheidungsgrund wegen mangelnden Nachweises der finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit angenommen hat, ist dies durch die Aktenlage jedenfalls gedeckt.

Letztlich entscheidend ist aber, dass der Antragstellerin die Befugnis zur Durchführung der von ihr angebotenen Leistungen auf Grund des Bescheides des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 2.3.2005 mangelt. Darin wird Herrn ***, dem Geschäftsführer der Antragstellerin, gemäß § 373c Abs. 1 GewO 1994 bescheinigt, dass er auf Grund der tatsächlich von ihm ausgeübten Tätigkeiten einen ausreichenden Nachweis seiner Befähigung für das Baumeistergewerbe gemäß § 94 Z 5 GewO 1994 erbracht hat, jedoch „eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten". Dazu hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung die Ansicht vertreten, dass die Gleichstellung für das Baumeistergewerbe gemäß § 94 Z 5 GewO 1994 auch sogenannte Tätigkeiten betreffend „verwandte Bauten" decke. Dazu gehörten auch Stahlbauten als „gleiche Bauten". „Die Befugnis sei daher im Wege der Analogie anzunehmen, weil zu verwandten Bauten ausdrücklich auch Brückenbauten zählen, für die eine höhere, zumindest aber gleichwertige Festigkeit erforderlich ist, wie für das gegenständliche Bauvorhaben. Die Einschränkung auf „ausführende Tätigkeiten" kann sich nur auf solche Tätigkeiten beziehen, als planerische Leistungen ausdrücklich Ziviltechnikern vorbehalten sind, was beim gegenständlichen Auftrag aber nicht der Fall ist" (Protokoll Seite 7 der mündlichen Verhandlung vom 30.9.2005). Letztlich entscheidend ist aber, dass der Antragstellerin die Befugnis zur Durchführung der von ihr angebotenen Leistungen auf Grund des Bescheides des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 2.3.2005 mangelt. Darin wird Herrn ***, dem Geschäftsführer der Antragstellerin, gemäß Paragraph 373 c, Absatz eins, GewO 1994 bescheinigt, dass er auf Grund der tatsächlich von ihm ausgeübten Tätigkeiten einen ausreichenden Nachweis seiner Befähigung für das Baumeistergewerbe gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994 erbracht hat, jedoch „eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten". Dazu hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung die Ansicht vertreten, dass die Gleichstellung für das Baumeistergewerbe gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO 1994 auch sogenannte Tätigkeiten betreffend „verwandte Bauten" decke. Dazu gehörten auch Stahlbauten als „gleiche Bauten". „Die Befugnis sei daher im Wege der Analogie anzunehmen, weil zu verwandten Bauten ausdrücklich auch Brückenbauten zählen, für die eine höhere, zumindest aber gleichwertige Festigkeit erforderlich ist, wie für das gegenständliche Bauvorhaben. Die Einschränkung auf „ausführende Tätigkeiten" kann sich nur auf solche Tätigkeiten beziehen, als planerische Leistungen ausdrücklich Ziviltechnikern vorbehalten sind, was beim gegenständlichen Auftrag aber nicht der Fall ist" (Protokoll Seite 7 der mündlichen Verhandlung vom 30.9.2005).

Diese Ansicht wird vom Vergabekontrollsenat nicht geteilt.

§ 94 Z 5 der Gewerbeordnung 1994 in der geltenden Fassung legt fest, dass es sich beim Gewerbe der Baumeister und Brunnenmeister um ein reglementiertes Gewerbe handelt. Im § 99 Abs. 1 GewO 1994 werden die Berechtigungen der Baumeister wie folgt definiert: Paragraph 94, Ziffer 5, der Gewerbeordnung 1994 in der geltenden Fassung legt fest, dass es sich beim Gewerbe der Baumeister und Brunnenmeister um ein reglementiertes Gewerbe handelt. Im Paragraph 99, Absatz eins, GewO 1994 werden die Berechtigungen der Baumeister wie folgt definiert:

„Der Baumeister (§ 94 Z 5) ist berechtigt, „Der Baumeister (Paragraph 94, Ziffer 5,) ist berechtigt,

1. 1.Ziffer eins
Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu planen und zu berechnen,
2. 2.Ziffer 2
Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu leiten,
3. 3.Ziffer 3
Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten nach Maßgabe des Abs. 2 auch auszuführen und
Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten abzurechnen, Hochbauten, Tiefbauten und andere
verwandte Bauten nach Maßgabe des Absatz 2, auch auszuführen und Hochbauten, Tiefbauten und andere
verwandte Bauten abzurechnen,
4. 4.Ziffer 4
Gerüste aufzustellen, für die statische Kenntnisse erforderlich sind,
5. 5.Ziffer 5
zur Projektentwicklung, -leitung- und -steuerung, zum Projektmanagement sowie zur Übernahme der
Bauführung,
6. 6.Ziffer 6
im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung zur Vertretung seines Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften
öffentlichen Rechts."

Auf Grund des Bescheides des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 2.3.2005 gemäß § 373c Abs. 1 GewO 1994 steht fest, dass der Nachweis der Befähigung des Geschäftsführers der Antragstellerin zur Ausübung des Gewerbes „Baumeister, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten" anerkannt wurde. Auf Grund des Bescheides des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 2.3.2005 gemäß Paragraph 373 c, Absatz eins, GewO 1994 steht fest, dass der Nachweis der Befähigung des Geschäftsführers der Antragstellerin zur Ausübung des Gewerbes „Baumeister, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten" anerkannt wurde.

Daraus folgt, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin gerade nicht zur Planung, Berechnung und Leitung von Hochbauten, Tiefbauten und anderen verwandten Bauten im Sinne des § 99 Abs. 1 Z 1 und 2 GewO 1994 berechtigt ist. Daraus folgt, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin gerade nicht zur Planung, Berechnung und Leitung von Hochbauten, Tiefbauten und anderen verwandten Bauten im Sinne des Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer eins und 2 GewO 1994 berechtigt ist.

Es ist unbestritten und auf Grund des Vorbringens im Rahmen der mündlichen Verhandlung auch bestätigt, dass im Zuge der Durchführung des gegenständlichen Auftrages auch Planungsleistungen durchzuführen sind, wozu die Antragstellerin – wie soeben ausgeführt – nicht berechtigt ist. Da von dieser auch kein Subunternehmer nominiert wurde, liegt sohin der Ausscheidungsgrund der mangelnden Befugnis iSd § 98 Z 1 BVergG 2002 vor, weshalb die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG 2002 erfolgte. Es ist unbestritten und auf Grund des Vorbringens im Rahmen der mündlichen Verhandlung auch bestätigt, dass im Zuge der Durchführung des gegenständlichen Auftrages auch Planungsleistungen durchzuführen sind, wozu die Antragstellerin – wie soeben ausgeführt – nicht berechtigt ist. Da von dieser auch kein Subunternehmer nominiert wurde, liegt sohin der Ausscheidungsgrund der mangelnden Befugnis iSd Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 vor, weshalb die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG 2002 erfolgte.

Daher konnte auch eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die gegenständlichen Arbeiten des „Konstruktiven Stahlbaus" überhaupt, wie von der Antragstellerin vorgebracht, „verwandte Bauten" im Sinne des § 99 Abs. 1 GewO 1994 darstellen, entfallen. Daher konnte auch eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die gegenständlichen

Arbeiten des „Konstruktiven Stahlbaus“ überhaupt, wie von der Antragstellerin vorgebracht, „verwandte Bauten“ im Sinne des Paragraph 99, Absatz eins, GewO 1994 darstellen, entfallen.

Daraus folgt, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung mangelt.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmen, der ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gegenständlich ficht die Antragstellerin – bei der ihr zuvor mitgeteilten Ausscheidung ihres Angebotes handelt es sich nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung – zutreffend die Zuschlagsentscheidung vom 8.8.2005 als gesondert anfechtbare Entscheidung (§ 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002) an. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmen, der ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gegenständlich ficht die Antragstellerin – bei der ihr zuvor mitgeteilten Ausscheidung ihres Angebotes handelt es sich nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung – zutreffend die Zuschlagsentscheidung vom 8.8.2005 als gesondert anfechtbare Entscheidung (Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002) an.

Ein Unternehmer ist zur Anfechtung jedoch nur insofern antragslegitimiert, als seine Möglichkeit am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten beeinträchtigt werden könnte. Soweit die Antragstellerin zunächst in ihrem Antrag auch die Nichtigerklärung der Ausscheidung ihres Angebotes begehrt, war dieser Antrag als unzulässig nicht weiter zu behandeln, weil diesbezüglich eine gesondert anfechtbare Entscheidung nicht vorliegt. Soweit aber die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt, weil ihr als Billigstbieterin der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, könnte ihr nur dann ein Schaden entstehen, wenn sie berechtigt gewesen wäre auch tatsächlich den Zuschlag zu erhalten.

Wie das Nachprüfungsverfahren jedoch ergeben hat, hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zutreffend ausgeschieden. Die von der Antragstellerin behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten konnten im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nicht festgestellt werden. Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin somit zu Recht erfolgt ist, hat sie keine echte Chance mehr den Zuschlag zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist, dass das Angebot eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Wie das Nachprüfungsverfahren jedoch ergeben hat, hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zutreffend ausgeschieden. Die von der Antragstellerin behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten konnten im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nicht festgestellt werden. Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin somit zu Recht erfolgt ist, hat sie keine echte Chance mehr den Zuschlag zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist, dass das Angebot eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Es war daher wie aus dem Spruche ersichtlich zu entscheiden.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 2.9.2005 gemäß § 23 Abs. 5 WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 2.9.2005 gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Der Anspruch auf Kostenersatz war ebenfalls zurückzuweisen, da, soweit es die Verfahrens- und Vertretungskosten betrifft, eine Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nicht gegeben ist. Das Begehren auf Ersatz der Pauschalgebühren war zurückzuweisen, da die Voraussetzungen des § 30 Abs. 5 WVRG nicht vorliegen. Der Anspruch

auf Kostenersatz war ebenfalls zurückzuweisen, da, soweit es die Verfahrens- und Vertretungskosten betrifft, eine Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nicht gegeben ist. Das Begehren auf Ersatz der Pauschalgebühren war zurückzuweisen, da die Voraussetzungen des Paragraph 30, Absatz 5, WVRG nicht vorliegen.

Schlagworte

Mangelnde Befugnis (Baumeistergewerbe „eingeschränkt auf ausführende Tätigkeit“).

Dokumentnummer

VERGT_20050930_2676_05_00

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