



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/077/8397/2024-8
A. GmbH

Wien, 17.10.2024

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwält:innen GmbH, Wien, B. Platz, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "..., C.-gasse", Aktenzahl ...-2024, der Stadt Wien – Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, Wien, D.-gasse,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 13.06.2024 betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien – Wiener Wohnen "..., C.-gasse", Aktenzahl ...-2024, wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat gemäß den §§ 14 und 15 WVRG 2020 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin und Auftraggeberin), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich "..., C.-gasse", Aktenzahl ...-2024. Gegenständlich handelt es sich um ein Sanierungsvorhaben und werden die Gewerke losweise ausgeschrieben. Die gegenständlichen Schlosserarbeiten sind ein Los unter mehreren Gewerken.

Die A. GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) hat sich am Verfahren beteiligt und ein Angebot gelegt.

Am 13.6.2024 wurde der Antragstellerin die auf § 141 Abs. 1 Z 2 iVm § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 gestützte Ausscheidensentscheidung mitgeteilt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Antrag auf Nichtigerklärung vom 21.6.2024 (Einbringen), eingelangt am 24.6.2024. Begründend führt die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass die Ausscheidensgründe keine erheblichen und dauerhaften Mängel darstellten und auch keine sonstigen schwerwiegenden Vertragsverletzungen vorlägen, sodass das Ausscheiden zu Unrecht erfolgt sei. Der Antragstellerin drohe durch die rechtswidrige Entscheidung ein Schaden zu entstehen, der im Antrag beziffert und ausgeführt wird. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und damit ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Sie sei ein auf Schlosserarbeiten für den öffentlichen Wohnbau spezialisiertes Unternehmen, habe langjährige Erfahrung und sei leistungsfähig.

Die Antragsgegnerin nahm mit Schriftsatz vom 3.7.2024 unter Anschluss von Beilagen inhaltlich Stellung.

Auf diese Stellungnahme der Antragsgegnerin replizierte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 17.7.2024 und verwies auf angefügte Beilagen.

In Vorbereitung der mündlichen Verhandlung wurde mittels Repliken der Antragsgegnerin und der der Antragstellerin der jeweilige bisherige Standpunkt jeweils vertieft.

Am 29.8.2024 fand eine mündliche Verhandlung statt, zu welcher die Parteien mit ihrer Rechtsvertretung erschienen sind und in welcher die Sache ausführlich erörtert wurde. Am 4.9.2024 fand die mündliche Verkündung der Entscheidung statt.

Am 11.9.2024 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Ausfertigung der mündlich verkündeten Entscheidung gestellt.

Das Verwaltungsgericht geht von folgendem entscheidungswesentlichen Sachverhalt aus:

Die Antragsgegnerin führte ein Vergabeverfahren betreffend das gegenständliche Los im Unterschwellenbereich als Bauauftrag im offenen Verfahren, nämlich Schlosserarbeitern "..., C.-gasse", Aktenzahl ...-2024. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für den Unterschwellenbereich entrichtet.

Die Antragstellerin hat im bezeichneten Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben. Dieses Angebot wurde mit Ausscheidensentscheidung vom 13.6.2024 ausgeschieden. Die Antragsgegnerin stützte sich dabei auf § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 iVm § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018.

In der Ausscheidensentscheidung wurde begründend ausgeführt, dass im Zuge der Vertragsabwicklung der Projekte (1) "Rahmenvertrag über Garagentore, Schranken, etc. Instandsetzen für die Lose 1 und 3", (2) "..., E.-gasse – Schlosserarbeiten" und (3) "..., F.-straße – Schlosserarbeiten" der Stadt Wien – Wiener Wohnen schwerwiegende Vertragsverletzungen aufgetreten seien. Die Unzuverlässigkeit der Antragstellerin sei durch den Vertragsrücktritt im Projekt "Rahmenvertrag über Garagentore, Schranken, etc., Instandsetzen für die Lose 1 und 3", durch die wiederholte Vertragsverletzung in mehreren Verträgen und durch die fehlende Einsicht, dass die Antragstellerin mit der nicht ordnungsgemäßen Leistungserbringung und der dürftigen Mängelbehebung eine fortgesetzte schwere

Vertragsverletzung begehe, sowie dass die vergaberechtliche Zuverlässigkeit nur durch geeignete Maßnahmen gemäß § 83 Abs. 2 BVergG 2018 wiedererlangt werden könne, begründet.

Die Antragstellerin hat diese Ausscheidensentscheidung mittels rechtzeitigem Nachprüfungsantrag bekämpft.

Bereits im Jahr 2018 hatte die Antragstellerin mehrere Nachprüfungsanträge zu den GZ VGW-123/074/14675/2018, VGW-123/061/14676/2018 und VGW-123/061/14678/2018 wegen ähnlicher gegen sie gerichteter Ausscheidensentscheidungen gestellt. Auch diese Ausscheidensentscheidungen gründeten sich auf schwere Vertragsverletzungen im Zuge der Abwicklung von früheren Aufträgen. Die Nachprüfungsverfahren wurden damals noch vor Durchführung einer mündlichen Verhandlung eingestellt, nachdem die Auftraggeberin die Antragstellerin auf deren Wunsch aus der Angebotsbindung entlassen und die Antragstellerin in der Folge ihre Nachprüfungsanträge zurückgezogen hatte. Die Antragstellerin hatte sich damals dazu verpflichtet, für eine bestimmte Zeit nicht als Bieterin in Vergabeverfahren von Wiener Wohnen in Erscheinung zu treten und in dieser Zeit Reorganisationsmaßnahmen zu treffen.

Nunmehr beteiligte sich die Antragstellerin wieder an dem o.a. Vergabeverfahren. Mit Schreiben vom 8.5.2024 konfrontierte die Auftraggeberin die Antragstellerin in diesen Vergabeverfahren mit der aus Sicht der Auftraggeberin fehlenden beruflichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin und hielt ihr eine Reihe von Vertragsverletzungen im Zuge der vertraglichen Abwicklung der Aufträge „..., E.-gasse – Schlosserarbeiten“ (im Folgenden: E.-gasse) sowie „Rahmenvertrag über Garagentore, Schranken etc. Instandsetzen für die Lose 1 und 3“ (im Folgenden: RV Garagentore) vor, hinsichtlich letzterem auch den zuvor erfolgten Rücktritt vom Vertrag.

Mit Antwortschreiben vom 15.5.2024 stellte die Antragstellerin sämtliche ihr vorgehaltenen Vertragsverletzungen in Abrede. Im Hinblick auf den RV Garagentore verwies die Antragstellerin darauf, dass aus ihrer Sicht kein Rücktrittsgrund vorliege und der von der Auftraggeberin erklärte Rücktritt vom Vertrag ungültig sei. Alle ihr vorgehaltenen Mängel würden im Übrigen die Relevanz- und Erheblichkeitsschwelle von bei Bauvorhaben typischerweise vorkommenden Mängel und Unstimmigkeiten nicht überschreiten. Die

Voraussetzungen für das Ausscheiden mangels Zuverlässigkeit gemäß § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 lägen somit nicht vor. Es sei jedoch Fakt, dass es besser wäre, von einer künftigen Zusammenarbeit abzusehen, sodass die Antragstellerin ersuche, sie aus der Bindung an ihr Angebot zu entlassen. Die Antragstellerin werde sich in der Folge an keinen weiteren Ausschreibungen der Auftraggeberin beteiligen, es sei denn, sie werde dazu explizit aufgefordert oder eingeladen.

Der Antragstellerin wurde in der Folge am 13.6.2024 von der Auftraggeberin bekanntgegeben, dass ihre Angebote in insgesamt 13 Vergabeverfahren, darunter das gegenständliche Vergabeverfahren, gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 ausgeschieden werden. Gegen diese Ausscheidensentscheidungen wurden insgesamt 13 Nachprüfungsanträge eingebracht.

Der RV Garagentore umfasste für den dort festgelegten Leistungszeitraum Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten an Garagentoren, Schranken, Parkanlagen sowie Feuerschutz Türen in Gebäuden der Auftraggeberin. Im Rahmen der Auftragsabwicklung sind unter anderem folgende Unstimmigkeiten und Mängel in der Auftragserbringung aufgetreten, die die Auftraggeberin in ihrer Gesamtheit dazu bewegten, vom Vertrag zurückzutreten:

Nach der Leistungsbeschreibung des RV Garagentore umfassen die Baustellengemeinkosten u.a. die Kosten für die An- und Abfahrten und sind der Höhe nach gestaffelt, sodass für einen höheren Rechnungsbetrag eine höhere Baustellengemeinkostenpauschale verrechnet werden kann. Eine zusätzliche Vergütung von An- und Abfahrten ist nur für den Fall vorgesehen, dass solche An- und Abfahrten aus Gründen erforderlich werden, die nicht der Auftragnehmer zu vertreten hat.

Die Antragstellerin hat der Auftraggeberin wiederholt Rechnungen gelegt, in welchen eine zusätzliche An- und Abfahrt (zusätzliche Baustellengemeinkosten-Pauschale der Position 02.001A Z) verrechnet wurde, obwohl dies der Antragstellerin nicht zustand und die Auftraggeberin bereits zuvor aus diesem Grund entsprechende Rechnungen korrigieren musste, ohne dass die Antragstellerin in der Folge ihr vertragswidriges Verhalten abgestellt hat.

Die Antragstellerin begründete diese zusätzlich verrechneten An- und Abfahrten u.a. in der Replik vom 23.8.2024 damit, dass Überschreitungen der Bestellkosten ab einer bestimmten Höhe sowie Leistungsänderungen gegenüber dem

Bestellschein mit der Auftraggeberin abgeklärt werden hätten müssen bzw. aufgrund mangelhafter Beschreibung der zu erbringenden Leistungen durch die Auftraggeberin im Zuge der Bestellung zusätzliche Rücksprachen vor Leistungsbeginn erforderlich gewesen wären.

In der mündlichen Verhandlung vom 29.8.2024 wurde ermittelt, dass derartige Mehrverrechnungen von An- und Abfahrten zumindest hinsichtlich der Rechnungen Nr. ...6 und ...1 erfolgten und in anderen Fällen, die noch nicht abgerechnet wurden (z.B. betreffend die Objekte G.-straße und H.-straße) in Kostenaufstellungen der Antragstellerin enthalten waren.

Dass für zusätzliche An- und Abfahrten Gründe vorgelegen wären, die nicht die Antragstellerin als Auftragnehmerin zu vertreten gehabt hat (z.B. Zufahrt zum jeweiligen Tor oder Schranken nicht möglich, etc.), hat das Beweisverfahren nicht ergeben.

Die Antragstellerin hat nach dem Ausscheiden ihrer Angebote doppelt verrechnete Beträge in ca. 40 Fällen und in einer Höhe von 4.058,-- Euro an die Auftraggeberin zurückbezahlt.

Die Auftraggeberin beanstandete im Schreiben vom 20.3.2024 den Verzug bei der Leistungserbringung in einer Vielzahl von Objekten, so insbesondere in Wien, I.-gasse, Wien, J.-gasse und Wien, K.-straße. Diese Leistungen wurden erst nach mehrfacher Urgenz bzw. nach Androhung des Vertragsrücktrittes durch die Auftraggeberin bzw. teilweise gar nicht erbracht.

Die Antragstellerin erklärte dies in der mündlichen Verhandlung damit, dass diese Verzögerungen zum Teil darauf zurückzuführen seien, dass gemäß Punkt 33 der Besonderen Vertragsbestimmungen bei einer vermutlichen Überschreitung der Bestellkosten ab einer bestimmten Höhe Rücksprache mit der Auftraggeberin zu halten sei.

Punkt 33. der Besonderen Vertragsbestimmungen lautet:

„In Ergänzung zu Punkt 3.5 der WD 314 wird festgelegt:

Stellt sich im Lauf der Leistungserbringung heraus, dass sich durch wie auch immer geartete Umstände eine Überschreitung von mehr als 20 % der im Bestellschein genannten Bestellsumme erforderlich wird, ist der Auftragnehmer verpflichtet, dies dem Auftraggeber unverzüglich bekanntzugeben.

Bei Bestellsummen unter EUR 2.000,- entfällt die Meldepflicht bei einer Abrechnungssumme bis zu EUR 2.400,-. (...)

Ausweislich des Schreibens der Auftraggeberin vom 20.3.2024, dem die Antragstellerin diesbezüglich nicht substantiiert entgegen getreten ist, betragen die Plankosten (Bestellsumme) im Auftrag ..., I.-gasse, 700,-- Euro, im Auftrag ..., J.-gasse, 600,-- Euro und im Auftrag ..., K.-straße, 494,34 Euro. Die Bestellsummen liegen sohin alle unter der in Punkt 33 der Besonderen Vertragsbestimmungen genannten Grenze, ab welcher eine Meldepflicht bestanden hätte, die erfolgten Kostenaufstellungen waren daher nach den Vertragsbestimmungen nicht geboten.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass eine Absprache und Änderung der Abläufe mit einzelnen Referenten festgelegt worden sei, woran sie sich dann gehalten hätte, ist entgegenzuhalten, dass eine Abänderung der vertraglich vereinbarten Abläufe durch einzelne Referenten der Auftraggeberin nicht möglich ist, da diese nicht das entsprechende Pouvoir besitzen. Mögen sich auch bestimmte Usancen durch die jahrelange Vertragsbeziehung zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin verfestigt haben, so ist aufgrund der jahrelangen Vertragsbeziehung auch von einem exakten Kenntnisstand der Antragstellerin über die einzelnen Bereiche und Befugnisse bzw. deren Verteilung auszugehen und hat sich die Antragstellerin entsprechend den vertraglich festgelegten Abläufen zu richten und zu verhalten.

Darüber hinaus erfüllt das Unterbleiben derartiger Rückfragen unterhalb der obgenannten Auftragswerte auch die Funktion, sowohl den Aufwand der Antragsgegnerin als auch die Kosten des Auftrags gering zu halten. Nicht erforderliche Rückfragen der in Rede stehenden Art verursachen einerseits bei der Antragsgegnerin den Aufwand der Bearbeitung und Beantwortung und andererseits bei der Auftragnehmerin zusätzliche Wege. Die Antragstellerin hat somit der Antragsgegnerin vertragswidrig Mehrkosten in Rechnung gestellt, indem sie durch vertragsgemäß nicht vorgesehene Rückfragen zusätzliche An- und Abfahrten lukriert und der Antragsgegnerin in Rechnung gestellt hat.

Die Antragstellerin hat somit ihren jeweiligen Abrechnungen mit der Ausschreibung nicht in Einklang zu bringende Auslegungen der Bestimmungen über die Verrechnung von An- und Abfahrten im Rahmen der Baustellengemeinkosten und der Bestimmungen über die Vorgangsweise bei voraussichtlichen

Kostenüberschreitungen in einer Art und Weise zu Grunde gelegt, die zu einer Verrechnung von höheren Kosten zu Gunsten der Antragstellerin geführt hat.

Die Auftraggeberin hat im Rahmen der Auftragsverwaltung eine eigene E-Mailadresse (wiener.wohnen@...at) ausschließlich für die Übermittlung von Fertigstellungsmeldungen vorgesehen. Sobald an diese E-Mail-Adresse ein Eingang erfolgt, geht die Auftraggeberin davon aus, dass der jeweilige Auftrag abgeschlossen ist. Eine gesonderte Kontrolle, ob der Auftrag abgeschlossen ist bzw. ob er mängelfrei abgeschlossen wurde, erfolgt üblicherweise nicht. Eine weitere Kontrolle erfolgt nur dann, wenn sich nachträglich Beschwerden oder Meldungen über Mängel ergeben. Werden Aufträge nicht rechtzeitig fertiggestellt oder Mängel eingemeldet, erfolgt eine Stichprobenkontrolle aller Auftragserfüllungen des jeweiligen Auftragnehmers, die umso engmaschiger werden, je öfter es zu solchen Meldungen kommt. Dieses System soll den Verwaltungsaufwand mit kleinen Aufträgen bei der Auftraggeberin gering halten.

Die Antragstellerin hat in einigen Fällen (L.-gasse, M.-straße, N.-gasse, O.-gasse) Kostenaufstellungen an diese E-Mailadresse übermittelt, obwohl die Aufträge noch nicht abgeschlossen waren. Die Antragstellerin hat dazu ausgeführt, dass es sich um einen Irrtum einer Mitarbeiterin gehandelt hat. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Antragstellerin aufgrund der vielen von ihr durchgeführten Aufträge mit dem System der Auftraggeberin vertraut war und die Einmeldung von Kostenaufstellungen an die o.a. E-Mailadresse dazu geführt hat, dass die Auftraggeberin (zunächst) von der Erfüllung der betroffenen Aufträge ausging und (zumindest für einen bestimmten Zeitraum) keine weiteren Urgenzen erfolgten. Zu berücksichtigen ist weiters, dass die Verwendung der o.a. E-Mailadresse auf Fälle konzentriert war, in denen die Antragstellerin mit der Erbringung der Leistung bereits in Verzug war, und die Verwendung der o.a. E-Mailadresse damit objektiv geeignet war, der Antragsgegnerin vorübergehend das Einmelden einer Fertigstellungsanzeige des Auftrags vorzutäuschen.

Das wiederholte Fehlverhalten der Antragstellerin (unrichtige Abrechnungen, Einmeldung von Unterlagen an die o.a. E-Mailadresse, obwohl der Auftrag noch nicht fertiggestellt war) führte weiters dazu, dass die Auftraggeberin nunmehr sämtliche von der Antragstellerin gelegte Rechnungen überprüft, was zu einem

wesentlich höheren Personal- und Verwaltungsaufwand bei der Auftraggeberin führt.

Die Auftraggeberin beanstandete im Schreiben vom 20.3.2024 den Verzug bei der Erfüllung von Aufträgen aus dem RV Garagentore. Die Antragstellerin legte mit Schreiben vom 26.3.2024 dar, die Leistungen seien zwischenzeitig erbracht worden bzw. es liege kein Verzug vor. In der Folge fand eine Prüfung der unten näher ausgeführten Anlagen durch den TÜV Austria statt. Dies stellt keine übliche Vorgangsweise der Auftraggeberin dar, wurde aber hinsichtlich von der Antragstellerin durchgeführten Aufträgen veranlasst, um den Zustand der Bauteile nach Leistungserbringung zu dokumentieren. Aufgrund der Prüfberichte des TÜV konnte die Auftraggeberin objektiv nachvollziehbar davon ausgehen, dass die Antragstellerin die erteilten Aufträge zumindest teilweise nicht bzw. nicht ordnungsgemäß durchgeführt hat. Die zeitnah nach der Beendigung der Arbeiten durch die Antragstellerin durchgeführten Überprüfungen durch den TÜV ergaben Folgendes:

In Wien, I.-gasse, wurde der Antragstellerin am 1.2.2024 mittels Bestellung der Auftrag erteilt: „Garagentor funktioniert nicht“. Am 2.4.2024 wurde bei einer Überprüfung durch den TÜV festgestellt, dass die Notöffnung der Ausfahrt P.-gasse defekt war (Die Hakenstange zum Entkoppeln des Torblattes für die Notöffnung fehlte). Weiters war die linke Federbruchsicherung mechanisch gegen Auslösen blockiert. Diese sicherheitsrelevanten Mängel hätten der Antragstellerin bei ordnungsgemäßer Ausführung und Probetrieb auffallen müssen.

In Wien, J.-gasse, wurde am 2.4.2024 festgestellt, dass bei der Einfahrt Q.-straße - Oberdeck die Lichtschranke zur Absicherung Personenschutz nicht auf die gesamte Breite des Torblattes funktionierte. Ein solcher sicherheitsrelevanter Mangel hätte der Antragstellerin nach Durchführung einer Funktionsprobe auffallen müssen.

In Wien, K.-straße, wurde der Antragstellerin mittels Bestellung der Auftrag erteilt: „Brandschutzrolltor – Feststelleinrichtung – löst nicht aus (Tech.P: ...-901) Bereich vorne“ sowie dreimal „Brandschutzrolltor – Zeitrelais – Schadhafte“. Anlässlich der Kontrolle am 29.3.2024 war die optische und die akustische Warneinrichtung defekt und das Brandschutztor schloss nicht selbstständig. Dass das Brandschutzrolltor bei der TÜV-Überprüfung nicht ordnungsgemäß funktioniert

hat, erscheint wegen der sicherheitstechnischen Relevanz dieses Mangels und der damit im Brandfall grundsätzlich verbundenen Gefahr für Leib und Leben als grober Verstoß der Antragstellerin. Hierbei ist anzumerken, dass ein solcher, die Brandschutzfunktion der Türe beeinträchtigender Mangel im Ernstfall für die Auftraggeberin weitreichende und schwerwiegende Folgen nach sich ziehen könnte und das Vertrauen in die Vertragsbeziehung absolut zu erschüttern vermag.

Laut der Vorbemerkung 03 Z „Anlagenteile liefern und montieren“ des Vertragsleistungsverzeichnisses ist nach erfolgter Instandsetzung sowie Störungsbehebung ein Probetrieb durchzuführen.

Dass die TÜV-Prüfung, wie von der Antragstellerin vorgebracht, technisch wesentlich genauer und unter Verwendung von Messgeräten erfolgt wäre, die der Antragstellerin beim Probetrieb nicht zur Verfügung standen, ist nicht nachvollziehbar, zumal in den Prüfprotokollen ausdrücklich festgehalten wird, dass die Prüfung durch den TÜV jeweils durch stichprobenartige Sicht- und Funktionsprüfungen ohne Zerlegearbeiten auf augenscheinliche, offenkundige Mängel erfolgt ist. Im Übrigen muss auch die Antragstellerin über ein gewisses Maß an Fachkunde verfügen, da sie zur Erfüllung des RV Garagentore auch regelmäßige Wartungsarbeiten zu erbringen hatte.

Zum Probetrieb ist festzuhalten, dass dieser den Zweck hat, die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Bauteiles nach Wartung oder Instandsetzung zu überprüfen. Weist der Bauteil diese Funktionsfähigkeit beim Probetrieb nicht auf, wären von der Auftragnehmerin die entsprechenden zusätzlichen Maßnahmen zu treffen, um die Funktionsfähigkeit (die auch Sicherheitsaspekte, wie z.B. Brandschutz und Warnfunktion, umfasst) herzustellen oder, wenn dies ihre Möglichkeiten überschreitet, die Auftraggeberin zu verständigen, damit zusätzliche Ressourcen herangezogen werden können. Dazu hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung auch vorgebracht, dass nicht nur sicherheitsrelevante Mängel in technischer, sondern auch in sonstiger Hinsicht eine rasche Behebung der Störung erfordern, da etwa bei einer Funktionsstörung eines Garagentores oder Schranken dieser bis zur Behebung der Störung offen steht, womit der Zutritt fremder Personen erleichtert wird, was für die Bewohner ein Sicherheits- und für die Auftraggeberin ein Haftungsrisiko bedeuten kann.

Dass die in den TÜV-Protokollen angesprochenen Bauteile nach der Auftragserfüllung durch die Antragstellerin problemlos funktioniert hätten und alle erforderlichen Teile vorhanden waren, dies aber kurz danach bei der Überprüfung durch den TÜV mehrfach nicht mehr der Fall gewesen wäre, widerspricht der Lebenserfahrung.

Das von der Antragstellerin als Beilage ./.8 und ./.28 vorgelegte Gutachten des Sachverständigen Ing. R. vermag die Feststellungen nicht zu entkräften, zumal es auf einer Besichtigung des Standorts durch den Sachverständigen am 17.4.2024 basiert. Zu diesem Zeitpunkt waren seit der Mängelfeststellung durch den TÜV bereits knapp drei Wochen vergangen und kann nicht festgestellt werden, dass sich die Garagentore seit der Überprüfung durch den TÜV in unverändertem Zustand befanden. Der Sachverständige führt aus, dass das Tor nicht die einzige Möglichkeit sei, die Garage zu verlassen, bzw. dass es noch einen anderen Ausgang gebe. Diese Alternative setzt eine gewisse Ortskenntnis der Benutzer der Garage voraus, welche in einem Ernst-/Notfall nicht gesichert ist. Des Weiteren könne notfalls zum Entriegeln eine Stange von einer anderen Toranlage verwendet werden, was nach allgemeiner Lebenserfahrung die meisten Garagenbenutzer in technischer und praktischer Hinsicht überfordert.

Die vom TÜV Austria somit festgestellten sicherheitstechnischen Mängel legen den Schluss nahe, dass es aus sicherheitstechnischer Sicht offenkundig erforderlich ist, im Fall von Wartungsarbeiten der Antragstellerin mit sicherheitstechnischer Relevanz die Ausführung des Auftrags seitens der Antragstellerin durch den TÜV Austria nachzuprüfen, um etwaige Mängel mit sicherheitstechnischer Relevanz und damit etwaige Gefahren für Leib und Leben von Menschen auszuschließen. Eine Grundlage für die Antragsgegnerin, darauf vertrauen zu können, dass die Arbeiten der Antragstellerin in sicherheitstechnischer Hinsicht mängelfrei sind, ist somit nicht gegeben.

Zur Übermittlung von Wartungsprotokollen monierte die Auftraggeberin, dass von der Antragstellerin Wartungsprotokolle nicht rechtzeitig an die Auftraggeberin übermittelt worden seien. In LG 16 Z des Leistungsverzeichnisses ist festgelegt, dass Wartungsprotokolle innerhalb von 5 Arbeitstagen nach durchgeführter Wartung an die Auftraggeberin zu übermitteln seien.

Die Auftraggeberin hat dazu in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar ausgeführt, dass die zeitnahe Übermittlung von Bedeutung sei, weil die Wartungsprotokolle, insbesondere auch im Falle eines Schadenseintrittes, zum Nachweis der erfolgten Wartung dienen würden. Ohne Wartungsprotokoll könne die Auftraggeberin nicht davon ausgehen bzw. nicht nachweisen, dass die Wartung ordnungsgemäß erfolgt sei, was z.B. aus Sicht einer allfälligen Haftung für die Auftraggeberin nachvollziehbar relevant ist.

Von der Auftraggeberin ist jeweils ein Stichtag festgesetzt worden, zu dem die Wartungsprotokolle übermittelt sein mussten. Zum Stichtag 31.3.2024 waren 77 von 362 Wartungsprotokolle übermittelt. Zum Stichtag 15.4.2024 waren 21 von 96 Wartungsprotokolle übermittelt. Dies hat die Auftraggeberin ausgeführt. Von der Antragstellerin wurde dazu lediglich festgehalten, dass Wartungsprotokolle nachgereicht worden seien.

Damit hat die Antragstellerin aber nicht bestritten, dass der Auftraggeberin zum jeweiligen Stichtag trotz mehrfacher Urzgen eine erhebliche Anzahl von Wartungsprotokollen nicht zur Verfügung standen.

Hinsichtlich der im Objekt E.-gasse (Stiegen 15 und 16) von der Antragstellerin durchgeführten Schlosserarbeiten (Loggiengeländer) hat die Auftraggeberin der Antragstellerin vorgeworfen, dass diese an unterschiedlichen Loggien unterschiedlich ausgeführt wurden. Teilweise wurde der untere Abstand dieser Geländer zum Boden der Loggien so ausgeführt, dass er mehr als 12,5 cm (Höchstabstand laut OIB-Richtlinie 4) betrug. Dieser Höchstabstand soll verhindern, dass Kinder mit ihrem Kopf unter dem Geländer durchrutschen können. Dies wurde von der Auftraggeberin durch einen Würfeltest mit einem Würfel mit der Seitenlänge 12,5 cm festgestellt, der zumindest in zwei Fällen unter dem unteren Loggiengeländer durchgeschoben werden konnte. Darüber hinaus war auch der obere Abschluss der betreffenden Geländer teilweise zu hoch, was im Hinblick auf den Umstand, dass die Höhe von Loggiengeländern regelmäßig Inhalt des Baukonsenses ist und somit zu hoch montierte Geländer grundsätzlich Konsenswidrigkeiten darstellen, ebenfalls einen gravierenden Mangel darstellt.

Im Nachprüfungsverfahren wurden drei Fotos von unterschiedlichen Loggiengeländern am o.a. Objekt eingesehen (S. 10 der Replik der Auftraggeberin vom 24.7.2024, ein von der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung

vorgelegtes Foto, ein von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegtes Foto), die hinsichtlich des Abstandes des unteren Loggiengeländers zum Loggienboden jeweils voneinander abweichen. Das Vorbringen der Auftraggeberin, die Loggien seien nicht einheitlich ausgeführt worden, ist daher nachvollziehbar. Anhand der von der Auftraggeberin vorgelegten Fotos ist auch ersichtlich, dass zumindest in zwei Fällen der untere Höchstabstand in sicherheitsrelevanter Art und Weise überschritten wurde. Einen Hinweis darauf, dass die Kontrolle mit einem kleineren Würfel erfolgt wäre, hat das Beweisverfahren nicht ergeben, zumal diese Kontrolle von der internen Qualitätssicherungsabteilung der Auftraggeberin durchgeführt wurde, die die Einhaltung der Vertragsbestimmungen zu überprüfen hatte und kein Interesse an einer nicht zutreffenden Mängelmeldung haben konnte, die lediglich weitere Arbeiten und Kosten nach sich ziehen musste.

Zu hoch montierte Loggiengeländer stellen insoweit eine potentielle Gefahr für Leib und Leben dar, als einerseits für Kleinkinder die Gefahr des Einklemmens des Kopfes und andererseits die Gefahr des Durchrutschens besteht, wobei ein etwaiges Durchrutschen naturgemäß in höheren Stockwerken mit größeren Sturzhöhen und damit mit gravierenderen Konsequenzen als etwa im Erdgeschoß einhergeht.

Die unterschiedliche Ausführung der Loggiengeländer bedeutet hier eine wesentliche Verschärfung des Mangels. Eine einheitliche Ausführung der Loggiengeländer würde bedeuten, dass ein etwaiger Mangel von der Antragsgegnerin durch eine stichprobenweise Überprüfung vergleichsweise einfach festgestellt werden kann. Die von Geländer zu Geländer unterschiedliche Ausführung bedeutet aber, dass potentielle Gefahren für Leib und Leben von der Antragsgegnerin nur dadurch ausgeschlossen werden können, dass jedes einzelne Loggiengeländer von der Antragsgegnerin überprüft wird.

In den Fällen, in denen das jeweilige Loggiengeländer zu hoch montiert war, bestand nicht nur der oben ausgeführte sicherheitstechnische Mangel des zu großen unteren Abstands, sondern auch der Mangel eines zu hohen oberen Abschlusses des Geländers. Die Höhe und damit der obere Abschluss des Geländers sind regelmäßig von Relevanz für das örtliche Stadtbild und deshalb auch regelmäßig Bestandteil des Baukonsenses. Ein zu hoher oberer Abschluss des Geländers bewirkt damit regelmäßig eine in baurechtlicher Hinsicht dem

Eigentümer des Gebäudes zur Last fallende Konsenswidrigkeit und stellte somit ebenfalls einen gravierenden Mangel der Auftragserfüllung dar.

Aus dem Anlassfall geht hervor, dass die Antragsgegnerin auch bei Schlosserarbeiten betreffend Loggiengeländer nicht auf die ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten durch die Antragstellerin vertrauen darf, sondern im Fall der Antragstellerin jedes einzelne Loggiengeländer nachprüfen muss, um sowohl Gefahren für Leib und Leben für Menschen durch einen zu großen unteren Abstand als auch Konsenswidrigkeiten durch einen zu hohen oberen Abschluss des Geländes auszuschließen. Auf Grund der darüber hinaus uneinheitlichen Ausführung der Arbeiten durch die Antragstellerin reicht eine stichprobenweise Überprüfung der Arbeiten der Antragstellerin für die Gewährleistung der Sicherheit und der Konsensmäßigkeit gerade nicht aus, sondern ist im Fall der Antragstellerin die Überprüfung jedes einzelnen Geländers unabdingbar notwendig.

Diese Mängel wurden zwar nachträglich behoben. Dies erforderte jedoch eine neuerliche Öffnung der bereits fertiggestellten Fassade, was die Heranziehung der entsprechenden Gewerke und die entsprechenden Kosten für die Auftraggeberin nach sich zog. Weiters weist die Fassade nunmehr dauerhaft rechteckige Löcher in der Dämmung im Bereich der Seitenbefestigungen der Geländer auf (siehe S. 12 der Replik der Auftraggeberin vom 24.7.2024).

Zu dem von der Antragstellerin vorgelegten Gutachten des Sachverständigen S. T. ist festzustellen, dass vom Sachverständigen nur Balkongeländer befundet wurden, *„welche von außen ohne weitere Aufstiegshilfe besichtigt“* werden konnten (siehe Punkt 5.1.1. auf Seite 2f des Gutachtens = Beilage ./10). Dies erklärt, weshalb im Gutachten auf die von der Auftraggeberin fotografisch dokumentierten Verstöße gegen die OIB Richtlinie 4 (siehe Replik der Antragsgegnerin vom 24.7.2024, Seite 10f) nicht eingegangen wird. Es mag somit zwar zutreffen, dass das vom Sachverständigen T. befundete und fotografierte Loggiengeländer im Erdgeschoss unter der vom Sachverständigen angenommenen Prämisse, dass es sich um ein Geländer über einer Standfläche handelt, den Vorgaben der OIB-RL 4 entspricht, auf das von der Auftraggeberin fotografisch dokumentierte Loggiengeländer in einem der oberen Stockwerke trifft dies jedoch nicht zu. Das Gutachten des Sachverständigen S. T. ist somit nicht geeignet, die von der Auftraggeberin aufgezeigten Verstöße gegen die OIB Richtlinie 4 zu

entkräften. Es zeigt jedoch – wie bereits oben erwähnt - , dass die Ausführung der Loggiengeländer nicht einheitlich erfolgt ist.

Die Auftraggeberin hat die im Zuge der Leistungserbringung durch die Antragstellerin zu den Verträgen RV Garagentore und E.-gasse aufgetretenen Mängel und Leistungsverzögerungen nachvollziehbar dokumentiert und der Antragstellerin mehrfach Gelegenheit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben.

In den verfahrensgegenständlichen Fällen wurden der Antragstellerin die Vorwürfe, die schlussendlich zum Ausscheiden ihrer Angebote führten, mit Schreiben vom 8.5.2024 zur Kenntnis gebracht und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 15.5.2024 darauf geantwortet, es ist ihr aber nicht gelungen, die Bedenken der Auftraggeberin auszuräumen.

Hinsichtlich der Aufträge aus dem Rahmenvertrag kam es aufgrund der o.a. Mängel und verzögerten Leistungen nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung zur Verhängung von Vertragsstrafen, die bei der Abrechnung vom Rechnungsbetrag abgezogen wurden. Die Auftraggeberin ist aus diesen Gründen außerdem vom Rahmenvertrag Garagentore zurückgetreten.

Dass die Antragstellerin Maßnahmen gemäß § 83 Abs. 2 BVergG 2018 getroffen hätte, hat sie nicht nachgewiesen. Im Nachprüfungsverfahren hat sie sich zunächst darauf gestützt, dass solche Maßnahmen nicht erforderlich seien, weil die Vorwürfe der Auftraggeberin allesamt nicht zutreffen würden. Soweit „regelmäßige Evaluierungen“ im Unternehmen in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wurden, wurde dies zu allgemein gehalten, um Maßnahmen gemäß § 83 Abs. 2 BVergG 2018 darstellen zu können.

Bei der Beweiswürdigung hat das Verwaltungsgericht erwogen:

Die o.a. Feststellungen ergeben sich aus dem Vergabeakt, den von den Parteien im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Schriftsätzen und den diesen angeschlossenen Beilagen sowie aus dem Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien.

Rechtliche Würdigung:

Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Antrag auf Langausfertigung gestellt.

Unbestritten handelt es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018.

Gegenständlich lag ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich vor, das Vergabeverfahren wurde als offenes Verfahren geführt.

Bei der am 13.6.2024 getroffenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ist rechtzeitig und entspricht den Formalvoraussetzungen des § 20 WVRG 2020. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Der Antrag war zulässig, jedoch nicht berechtigt.

Gemäß § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der Unternehmer bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben.

Der Begriff der „erheblichen oder dauerhaften Mängel“ ist dabei nach den Erläuterungen zum BVergG 2018, ErläutRV 69 BlgNR 69. GP, 99, unionsrechtlich auszulegen.

Nach EG 101 der RL 2014/24/EU, der erhebliche Mängel näher beschreibt und auf den der Gesetzgeber unterschiedslos sowohl betreffend Vergaben im Unter- als auch im Oberschwellenbereich Bezug nimmt, soll es öffentlichen Auftraggebern „auch möglich sein, Bewerber oder Bieter auszuschließen, deren Leistung bei früheren öffentlichen Aufträgen im Hinblick auf wesentliche Anforderungen erhebliche Mängel aufwies, zum Beispiel Lieferungsausfall oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt. [...]

Kleinere Unregelmäßigkeiten sollten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten können allerdings Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers wecken, die seinen Ausschluss rechtfertigen könnten.“ Vor diesem Hintergrund ist es daher nicht erforderlich, dass diese Mängel deutlich über das übliche Ausmaß an Mängeln bei der Vertragsabwicklung hinausgehen. Insbesondere können auch eine Vielzahl von – jeweils für sich genommen nicht erheblichen – Mängeln einen Ausschluss rechtfertigen (vgl. *Mayr*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018, § 78 Rz 108; *Stalzer*, Auftragssperre bei mangelhafter Leistungserbringung, *ecolex* 2018, 969).

Ob solche Mängel eine wesentliche Anforderung (im Rahmen des früheren Vertragsverhältnisses) betreffen, ist aufgrund der konkreten Festlegungen im Bezug habenden Vertrag zu klären (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP, 99). Dabei können auch vertragliche Nebenpflichten eine wesentliche Anforderung in diesem Sinn darstellen. Entscheidend für das Merkmal der Wesentlichkeit ist die Bedeutung der vertraglichen Anforderung für den öffentlichen Auftraggeber und infolgedessen, welche Auswirkungen die mangelhafte Leistung für den öffentlichen Auftraggeber hat (vgl. *Mayr*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018, § 78 Rz 109; *Stalzer*, *ecolex* 2018).

Zudem müssen die erheblichen oder dauerhaften Mängel zur vorzeitigen Beendigung dieses früheren Auftrages, zu Schadenersatz oder zu anderen vergleichbaren Sanktionen geführt haben. Die dadurch angesprochenen „Sanktionen“ müssen einerseits in ihrer Schwere und Bedeutung der Vertragsauflösung bzw. Leistung von Schadenersatz vergleichbar sein und andererseits muss es sich um definitiv beschlossene (bzw. verhängte) Konsequenzen (arg. „Sanktionen“) seitens der früheren Auftraggeber handeln (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP, 99). Dabei können etwa Rechnerkürzungen, umfassende Mängelbehebungsaufträge oder Ersatzvornahmen als vergleichbare Sanktionen gewertet werden (vgl. *Stalzer*, *ecolex* 2018, unter Bezugnahme auf deutsche Rsp zum vergleichbaren § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB).

Ist dabei die Frage der rechtmäßigen Beendigung des früheren Vertragsverhältnisses oder ein Schadenersatzprozess zur Klärung der Schuldfrage gerichtsanhängig, so kann der Umstand, dass ein Verfahren gerichtsanhängig ist, für die Anwendung der Z 9 nicht herangezogen werden. Gleichzeitig bedeutet

dieser Umstand aber nicht, dass ein Auftraggeber diesen Ausschlussgrund nur heranziehen darf, nachdem ein Gericht diese Fragen abschließend geklärt hat (EuGH 19.6.2019, C 41/18, *Meca*, Rz 24 ff.) Dem Auftraggeber (und nicht einem Zivilgericht) obliegt es nämlich, das Verhalten des Wirtschaftsteilnehmers, dessen früherer Auftrag vorzeitig beendet wurde, selbst zu bewerten, zumal es um die Zuverlässigkeit des Bieters geht, auf die sich das Vertrauen stützt, das der Auftraggeber in diesen legt. Insoweit hat der Auftraggeber auf der Grundlage aller relevanten Umstände – insbesondere der Entscheidung über die vorzeitige Beendigung – und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sorgfältig und unparteiisch zu prüfen, ob dieser Wirtschaftsteilnehmer aus seiner Sicht bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrages für erhebliche oder dauerhafte Mängel verantwortlich ist, die das Vertrauensverhältnis zu dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer zerstören könnten (EuGH 3.10.2019, C-267/18, *Delta*, Rz 29). Dabei ist eine Objektivierbarkeit des Vorliegens eines erheblichen Mangels gefordert (vgl. *Mayr*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018, § 78 Rz 110).

Gegenstand dieses Verfahrens ist die Frage, ob die Auftraggeberin zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung zu Recht davon ausgegangen ist, dass die Voraussetzungen des § 78 Abs. 1 Z 9 für ein Ausscheiden der verfahrensgegenständlichen Angebote der Antragstellerin vorlagen.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin zumindest in drei Fällen Aufträge so ausgeführt hat, dass dabei sicherheitsrelevante Mängel aufgetreten sind (Überschreitung des zulässigen Höchstabstandes des Loggiengeländers im Objekt E.-gasse, Notöffnung der Ausfahrt P.-gasse im Objekt I.-gasse war defekt, Brandschutztor und optische und akustische Warneinrichtung im Objekt K.-straße waren defekt). Da bei Weiterbestehen dieser Mängel nach „Auftragserfüllung“ durch die Antragstellerin Menschen zu Schaden hätten kommen können, ist jedenfalls davon auszugehen, dass es sich um schwere Mängel bei der Leistungserbringung handelt, woran auch allfällige „Notlösungen“ nichts ändern können.

Da sicherheitstechnische Mängel und damit verbundene Gefahren für Leib und Leben von Menschen nicht hingenommen werden können, derartige Mängel bei der Ausführung von Aufträgen durch die Antragstellerin aber wiederholt aufgetreten sind, wäre die Antragsgegnerin im Falle einer weiteren Beauftragung

der Antragstellerin praktisch gehalten, jede Ausführung eines Auftrags durch die Antragstellerin durch den TÜV Austria oder durch andere Kontrollinstitutionen zu überprüfen. In diesem Zusammenhang ist auch die uneinheitliche Arbeitsweise der Antragstellerin zu beachten. Diese uneinheitliche Arbeitsweise bewirkt, dass auf eine zumindest gleiche Ausführung der Arbeiten nicht vertraut werden kann, wodurch aus sicherheitstechnischer Sicht eine stichprobenweise Überprüfung der Ausführung der Antragstellerin nicht ausreicht und Überprüfungen umfassend erfolgen müssten. Beispielsweise kann aus der Ausführung der Loggiengeländer in den obigen Ausführungen nur der Schluss gezogen werden, dass die Antragsgegnerin jedes einzelne Loggiengeländer nachzuprüfen hätte, wenn die Antragstellerin Loggiengeländer errichtet und dabei in uneinheitlicher Höhe montiert.

Der Überprüfungsaufwand, der der Antragsgegnerin aus sicherheitstechnischen Aspekten im Falle der Antragstellerin erwachsen würde, ist Auftraggebern jedoch nicht zumutbar. Auch wenn Auftragnehmer dazu verpflichtet sind, Aufträge ordnungsgemäß zu erfüllen, und eine in sicherheitstechnisch relevanter Weise nicht ordnungsgemäße Erfüllung insoweit grundsätzlich bereits an sich einen gravierenden Mangel darstellt, wird die Tragweite des Mangels durch die uneinheitliche Ausführung der Antragstellerin noch erheblich verstärkt. Würde die Antragstellerin insoweit wenigstens einheitlich, wenn auch mangelhaft, arbeiten, so könnte die mangelhafte Leistung wenigstens durch eine stichprobenweise Prüfung seitens der Antragsgegnerin festgestellt werden. Die mangelhafte Ausführung in Verbindung mit der Uneinheitlichkeit der Ausführung durch die Antragstellerin bewirkt jedoch, dass die Sicherheit der Benutzer nur gewährleistet werden kann, wenn die Antragsgegnerin jedes einzelne, von der Antragstellerin ausgeführte Loggiengeländer überprüft. Der gegenständliche sicherheitsrelevante Mangel in Verbindung mit der Uneinheitlichkeit der Ausführung und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit, jedes einzelne Geländer zu überprüfen, wiegt daher an sich bereits derart schwer, dass der Antragsgegnerin eine weitere Beauftragung der Antragstellerin nicht zuzumuten ist, so lange nicht ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen getroffen und dabei unter anderem weitere Vorkommnisse dieser Art verlässlich ausgeschlossen sind.

Auch zu hohe obere Abschlüsse von Loggiengeländern stellen im Hinblick auf die Konsequenz, dass dadurch grundsätzlich eine Konsenswidrigkeit des Gebäudes

(Abweichung vom Baukonsens) bewirkt werden kann, einen gravierenden Mangel bei der Ausführung des Auftrags dar.

Dazu kommt, dass es bei der Leistungserbringung durch die Antragstellerin in den oben näher ausgeführten Fällen zu weiteren Mängeln (z.B. Verrechnung zusätzlicher An- und Abfahrten, Sendung von Abrechnungen an die E-Mailadresse für Fertigstellungsmeldungen, verspätete Übermittlung von Wartungsprotokollen, etc.) kam, die für sich genommen vielleicht als geringfügig anzusehen sind, in ihrer Gesamtheit und in Zusammenschau mit den sicherheitsrelevanten Mängeln jedoch ein solches Gesamtbild ergeben, dass die Auftraggeberin von einem Vertrauensverlust in die Antragstellerin ausgehen durfte.

Die Auftraggeberin hat diese Mängel ausreichend erhoben und dokumentiert. Sie hat der Antragstellerin auch ausreichend Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen. Die Mängel haben tatsächlich zu Konsequenzen gemäß § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 geführt, indem Vertragsstrafen verhängt und bei der Verrechnung vom Rechnungsbetrag abgezogen wurden bzw. die Auftraggeberin vom Vertrag zurückgetreten ist.

Davon, dass die Antragslegitimation der Antragstellerin für die Nachprüfungsanträge nicht gegeben wäre, war nicht auszugehen. Zwar hat die Antragstellerin im Schreiben vom 15.5.2024 (wie bereits 2018) um Entlassung aus der Angebotsbindung hinsichtlich der Vergabeverfahren, für die ein Ausscheiden der Antragstellerin im Raum stand, ersucht. Dies erfolgte jedoch im Wesentlichen zur Vermeidung des Ausscheidens und dessen negativen wirtschaftlichen Folgen. Es erscheint aber durchaus glaubhaft, dass die Antragstellerin weiterhin Interessen daran hatte, dass die Zuschläge zu Gunsten ihrer Angebote erfolgen.

Die Auftraggeberin hat die Angebote der Antragstellerin in den verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren daher zu Recht ausgeschieden.

Nachdem die Antragstellerin mit ihren Nachprüfungsanträgen zu den Ausscheidensentscheidungen nicht obsiegt hat, hat sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr.ⁱⁿ Lettner