



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/072/626/2015-16
L. GmbH

Wien, 12.3.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag.^a Mandl als Vorsitzende sowie die Richter Dr.ⁱⁿ Lettner und Dr. Ooppel über den Antrag der L. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Maler- und Anstreicher, ..." der Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte OG, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

- I) Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wird stattgegeben und die Ausscheidensentscheidung vom 12.01.2015 wird nichtig erklärt.

- II) Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin gemäß § 16 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) i.V.m. § 62 Abs. 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) die von ihr für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 3.000,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen. Die für den Antrag auf Erlassung einer Einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.500,-- hat die Antragstellerin selbst zu tragen.

III) Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 15, 16, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) i.V.m. §§ 2 Z 16 lit.a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 12 Abs. 3, 129 Abs. 1 Z 1, 68 Abs. 1 Z 5 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006); § 62 Abs. 4 AVG

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (in der Folge: Antragsgegnerin) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages über Maler- und Anstreicherarbeiten in Wien ... im Billigstbieterverfahren. Die Angebotsfrist endete am 20.12.2013. Die Zuschlagsfrist betrug fünf Monate. Die L.-gesellschaft m.b.H. (in der Folge: Antragstellerin) legte ein Angebot, das preislich an zweiter Stelle gereiht war.

Mit per Fax übermitteltem Schreiben vom 12.1.2015 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot wegen Nichtvorliegens der beruflichen Zuverlässigkeit gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 i.V.m. § 129 Abs. 1 Z 1 BVerG 2006 ausgeschieden werde. Sie begründete dies damit, dass die Antragstellerin schwere berufliche Verfehlungen (mehrfach grob mangelhafte Leistungserbringung, mehrfache Verrechnung nicht erbrachter Leistungen) begangen habe. Die Antragstellerin sei mit dem Ausscheidensgrund im Schreiben vom 30.7.2014 konfrontiert worden. Die von der Antragstellerin am 5.8.2014 gegebene Aufklärung entbehre jedoch einer nachvollziehbaren Begründung. Dies würden auch elf Befunde des beim Bezirksgericht ... eingeleiteten Beweissicherungserfahrens belegen, in dem die Antragstellerin Parteistellung habe.

Diese Ausscheidensentscheidung wurde von der Antragstellerin angefochten. Der gleichzeitig gestellte Antrag auf Erlassung einer Einstweilige Verfügung zur Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und der Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens wurde mit Beschluss vom 26.1.2015, Zahl VGW-123/V/072/627/2015, abgewiesen.

Die Antragstellerin führte aus, dass sie durch die Ausscheidensentscheidung in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Angebotsprüfung, Nichtausscheiden ihres Angebots, Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung auf ihr Angebot sowie Teilnahme an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren, eventualiter auf Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung und Beteiligung an einem neuen, gesetzeskonformen Verfahren verletzt sei. Der Antragstellerin seien keine weiteren Aufklärungsschritte der Antragsgegnerin bekannt, die Antragstellerin habe jedoch zwischenzeitlich Umstrukturierungsmaßnahmen gesetzt. Eine Zuschlags- oder Widerrufsentscheidung sei der Antragstellerin nicht zugegangen.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss, insbesondere auch als Referenzprojekt. Durch die angefochtene Entscheidung sei ihr ein Schaden aus der Ausarbeitung des Angebots, den Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten und dem Erfüllungsinteresse in der im Antrag näher ausgeführten Höhe entstanden.

Die angefochtene, auf § 68 Abs. 1 Z 5 i.V.m. § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 gestützte Ausscheidensentscheidung sei rechtswidrig. Die Antragsgegnerin begründe ihre Entscheidung damit, dass die Antragstellerin aufgrund einer nachweislich festgestellten, schweren beruflichen Verfehlung aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden sei, da sie Leistungen mehrfach grob mangelhaft erbracht und nicht erbrachte Leistungen verrechnet habe. Damit habe sie die Antragstellerin laut Ausscheidensentscheidung mit Schreiben vom 30.7.2014 konfrontiert, das Antwortschreiben der Antragstellerin vom 5.8.2014 entbehre laut Ausscheidensentscheidung einer nachvollziehbaren Begründung, was auch elf Befunde betreffend das beim BG ... zum Aktenzeichen ... protokollierte Beweissicherungsverfahren belegen würden.

Dem sei entgegenzuhalten, dass der Ausschluss eines Bieters wegen einer schweren Verfehlung gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 deren nachweislicher Feststellung bedürfe. An diesen Nachweis seien strenge Kriterien hinsichtlich seiner Objektivierbarkeit zu legen; die Umstände dürften nicht von einer zukünftigen gerichtlichen Klärung abhängen. Wenn der Sachverhalt nicht unbestritten sei, sei ein verbindlicher Ausspruch oder eine objektive Feststellung einer behördlichen Einrichtung über das Vorliegen der Verfehlung zu verlangen. Dieser Nachweis obliege alleine dem Auftraggeber.

Die von der Antragsgegnerin zum Nachweis der beruflichen Unzuverlässigkeit der Antragstellerin herangezogenen Nachweise seien ungeeignet. Zu den Gutachten des Sachverständigen S. sei festzuhalten, dass es sich dabei um Privatsachverständigengutachten handle, die von der Antragsgegnerin in Auftrag gegeben worden seien. Damit entsprächen sie nicht den strengen Kriterien, die das Gesetz an die Objektivierbarkeit der erforderlichen Nachweise knüpfe. Im Übrigen seien diese Gutachten der Antragstellerin nicht in geeigneter Form übermittelt worden.

Sie seien weiters nicht geeignet, eine schwere Verfehlung der Antragstellerin nachzuweisen. Die Antragstellerin sei ihnen daher mit den Gegengutachten des Sachverständigen B. auf derselben fachlichen Ebene entgegengetreten.

Auch das Ergebnis des Beweissicherungsverfahrens vor dem BG ... sei zur Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung der Antragstellerin nicht geeignet, da es sich dabei nur um eine Befundaufnahme handle, die sich auf die Feststellung und Beschreibung der vom Sachverständigen La. festgestellten Tatsachen beschränke. Von wem dieser festgestellte Ist-Zustand verursacht bzw. verschuldet worden sei, werde damit nicht beantwortet, wobei auch darauf Rücksicht zu nehmen sei, dass diese Befunde Monate bzw. Jahre nach dem Zeitpunkt erstellt worden seien, zu dem die Antragstellerin die Objekte zuletzt aufgesucht habe. Für die Beantwortung dieser Fragen wäre eine gutachterliche Würdigung erforderlich gewesen, die im Beweissicherungsverfahren nicht vorgesehen sei.

Zum Abschlussbericht der LPD Wien sei darauf hinzuweisen, dass der bloße Verdacht einer strafbaren Handlung nicht ausreichend sei, um den Tatbestand des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 zu verwirklichen. Im Übrigen sei die Antragstellerin in diesem Strafverfahren nicht Beschuldigte.

Da somit bereits die von der Antragsgegnerin herangezogenen Nachweise für die Feststellung einer schweren Verfehlung der Antragstellerin ungeeignet seien, bedürfe es keiner inhaltlichen Prüfung der in der Ausscheidensentscheidung angeführten Gründe für die angebliche Unzuverlässigkeit der Antragstellerin.

Der Auftraggeber sei weiters verpflichtet, einem Bieter, den er nach § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 ausscheiden will, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dies sei gegenständlich nicht erfolgt. Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin nur einmal mit Schreiben vom 30.7.2014 aufgefordert, zum Vorwurf des Nichtvorliegens der beruflichen Zuverlässigkeit Stellung zu nehmen. Die Vorwürfe seien jedoch so pauschal formuliert gewesen, dass eine substantiierte Stellungnahme nicht möglich gewesen sei.

Die Ergebnisse des Beweissicherungsverfahrens seien der Antragstellerin erst am 3.9.2014 zugestellt worden. Sie habe daher keine Gelegenheit gehabt, diese Ergebnisse bei der Beantwortung der Anfrage vom 30.7.2014 zu berücksichtigen. Auch im Beweissicherungsverfahren habe sie sich nicht dazu äußern können, da in diesem Verfahren eine kontradiktorische Erörterung der Befunde nicht vorgesehen sei.

Die von der Antragsgegnerin im Rahmen der Angebotsprüfung einzuholende Stellungnahme könne nicht im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden, da Prüfschritte des Auftraggebers nach der Ausscheidensentscheidung für die Rechtmäßigkeit derselben keine Relevanz hätten. Das nachprüfende Gericht dürfe nur solche Ausscheidensgründe von amtswegen aufgreifen, die bereits aus dem Vergabeakt ersichtlich seien.

Zu den Gutachten des Sachverständigen S. sei festzuhalten, dass die Antragstellerin nach wie vor nur über Schwarz-Weiß-Kopien dieser Gutachten bzw. Gutachtensteile mit unkenntlichen Fotos verfüge. Sie habe diesbezüglich im gegenständlichen Vergabeverfahren keine angemessene Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt. Das Verwaltungsgericht Wien habe in einem Vorverfahren bereits ausgesprochen, dass eine Zusammenfassung der Gutachten nicht ausreiche, um der Antragstellerin die Möglichkeit zu einer Stellungnahme zu geben.

Die Antragstellerin sei auch aufgrund der nicht hinreichend konkreten Aufforderung der Antragsgegnerin vom 30.7.2014 nicht zu einer substantiierten Stellungnahme in der Lage gewesen. In ihrem Schreiben vom 5.8.2014 habe die Antragstellerin weiters darauf hingewiesen, dass ihr mangels Kenntnis der Grundgesamtheit nicht erkennbar sei, wie die Antragsgegnerin auf eine

Fehlerquote von 24% gekommen sei. Soweit ihr die von der Antragsgegnerin geäußerten Bedenken nachvollziehbar gewesen seien, habe sie diesbezüglich ausreichende Angaben gemacht.

Die Antragstellerin habe in ihrem Antwortschreiben weiters nochmals auf die Gutachten des Sachverständigen B. hingewiesen, die die in den Gutachten des Sachverständigen S. erhobenen Vorwürfe widerlegten, und diese der Stellungnahme angeschlossen. Die Antragsgegnerin habe keine Aussagen dazu getroffen, weshalb sie diese Gutachten für nicht stichhaltig ansehe. Auch ihrer Verpflichtung, in der Aufforderung zur Aufklärung klar und präzise darzustellen, welche Unklarheiten die Antragstellerin noch aufzuklären hätte, sei die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 30.7.2014 nicht nachgekommen.

Der Abschlussbericht der Landespolizeidirektion Wien sei der Antragstellerin nicht bekannt, da sie an diesem Verfahren nicht beteiligt gewesen sei. Sie könne daher auch keine Stellungnahme dazu abgeben.

Hinzuweisen sei weiters darauf, dass der Verwaltungsgerichtshof nur dann von einer schweren Verfehlung ausgehe, wenn Fehlverrechnungen über die üblicherweise bei Bauvorhaben auftretenden Ausführungsmängel und Unstimmigkeiten hinausgingen. Einen Minderwert der Leistungen von 3,3% des Gesamtauftragswerts sah der Verwaltungsgerichtshof in einem Vorverfahren als nicht ausreichend an. Die Antragstellerin habe aufgrund des Rahmenvertrags Maler-, Anstreicher-, Bodenleger- und Reinigungsarbeiten erbracht. Seit Juli 2011 habe sie 28.000 Leistungsabrufe erhalten, die einen Auftragswert von EUR 21,5 Mio darstellten. Selbst wenn der vom Sachverständigen S. festgestellte Schaden von EUR 6.199,19 zutreffe, bewegten sich diese Schäden im Promillebereich des Auftragswerts, entsprächen in der Baubranche der allgemeinen Lebenserfahrung und erreichten damit das vom Verwaltungsgerichtshof geforderte Ausmaß nicht.

Der verschwindend kleine Schadensbetrag lasse nur den Schluss zu, dass allfällig mangelhafte Leistungen nur irrtümlich nicht ordnungsgemäß erbracht oder verrechnet wurden. Das Verwaltungsgericht Wien sei den gleichlautenden Behauptungen der Antragsgegnerin in diversen Vorverfahren ebenfalls nicht gefolgt.

Die Antragsgegnerin sei bei der Berechnung der Fehlerquote zu Unrecht nur von den vom Sachverständigen S. geprüften 17 Wohnungen und nicht vom Gesamtauftragsvolumen ausgegangen. Unzulässig sei es jedenfalls, aufgrund dieser 17 Befunde anzunehmen, dass die Arbeiten in den ungeprüften Wohnungen mangelhaft seien.

Die Begutachtung durch den Sachverständigen B. habe nachgewiesen, dass die Beurteilung durch den Sachverständigen S. unzutreffend sei. Es sei lediglich zu geringen Abrechnungsdifferenzen in der Höhe von EUR 3.713,98 zu Gunsten der Antragsgegnerin gekommen. Auch hinsichtlich der Ergebnisse der Beweissicherung werde die Richtigkeit bestritten. Die Befunde seien mangelhaft, da die Methodik bei der Befundaufnahme für die getroffenen Feststellungen nicht geeignet sei.

Selbst wenn durch die von der Antragsgegnerin herangezogenen Unterlagen tatsächlich eine schwere Verfehlung der Antragstellerin nachweislich festgestellt worden wäre, sei ihr nicht ausreichend Gelegenheit gegeben worden, nachzuweisen, dass sie trotz dieses Umstandes zuverlässig sei, wie sich dies aus § 73 Abs. 1 BVergG 2006 ergebe. Das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 30.7.2014 genüge den Anforderungen des § 73 Abs. 1 BVergG 2006 jedenfalls nicht.

Weiters sei darauf hinzuweisen, dass die Ausscheidensentscheidung ein halbes Jahr nach diesem Schreiben gefasst worden sei, weshalb die Antragsgegnerin prüfen hätte müssen, ob die Antragstellerin ihre berufliche Zuverlässigkeit in der Zwischenzeit wiedererlangt hätte. Tatsächlich habe die Antragstellerin Umstrukturierungsmaßnahmen gesetzt, die eine neue Beurteilung ihrer beruflichen Zuverlässigkeit erfordert hätte.

Mit Schriftsatz vom 6.2.2015 entgegnete die Antragsgegnerin darauf, dass das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren ..., Maler- und Anstreicherarbeiten, aufgrund nachweislich festgestellter, schwerer beruflicher Verfehlungen (Leistungen seien mehrfach grob mangelhaft erbracht und nicht erbrachte Leistungen abgerechnet worden) gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 i.V.m. § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 ausgeschieden worden sei. Die

Ausscheidensentscheidung sei der Antragstellerin mit Fax vom 12.1.2015 zugestellt worden.

Die Antragstellerin habe im Zuge des Rahmenvertrags „Anstreicher-, Maler-, Boderleger- und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ („Rahmenvertrag Maler“) in städtischen Wohnhausanlagen der Bezirke 1 bis 23 ca. 28.000 Leistungsabrufe erhalten. Nachdem der Verdacht auf mangelhafte Leistungserbringung und fehlerhafte Abrechnungen aufgetaucht sei, habe die Antragsgegnerin den gerichtlich zertifizierten Sachverständigen S. beauftragt, Abrechnungen der Antragstellerin für Leistungen aus diesem Rahmenvertrag zu begutachten. Zu 17 Mietobjekten stellte der Sachverständige fest, dass die Antragstellerin Leistungen grob mangelhaft erbracht und nicht erbrachte Leistungen verrechnet habe. Er habe in seinen Gutachten auch festgestellt, dass es nicht vorstellbar sei, dass derartige Fehlleistungen irrtümlich erfolgt seien.

Die Gutachten und die Zusammenfassung der Gutachten des Sachverständigen S. möge von der Akteneinsicht ausgenommen werden, um den Gang des strafgerichtlichen Ermittlungsverfahrens nicht zu gefährden.

Aufgrund dieser Feststellungen führe die Staatsanwaltschaft zur Aktenzahl ... Ermittlungen gegen den Geschäftsführer der Antragstellerin und eine kaufmännische Angestellte und Schwester des Geschäftsführers durch. Im Zuge dieses Verfahrens sei der Abschlussbericht der Landespolizeidirektion Wien vom 12.4.2014, GZ ..., erfolgt, in dem ausdrücklich angemerkt worden sei, dass selbst in dem vom Beschuldigten beigebrachten Gutachten sehr wohl in einige Passagen auf eine etwaige Betrugsabsicht geschlossen werden könne. Auch dieser Bericht sei aus den o.a. Gründen von der Akteneinsicht auszunehmen. Das Verhalten des Geschäftsführers und der Angestellten müsse sich die Antragstellerin zurechnen lassen.

Aufgrund der eindeutigen Ermittlungsergebnisse sei die Antragsgegnerin vom Rahmenvertrag Maler und vom Leistungsvertrag betreffend Maler- und Anstreicherarbeiten in der Wohnhausanlage Wien, K.-straße zurückgetreten. Es würden auch keine Beauftragungen der Antragstellerin im Wege der Direktvergabe mehr geschlossen. Davon sei die Antragstellerin mit Schreiben

vom 24.9.2014 informiert worden. Weiters würden mit der Antragstellerin auch im Rahmen förmlicher Vergabeverfahren keine Verträge mehr abgeschlossen.

Die Antragstellerin habe zu den Gutachten des Sachverständigen S. eine gutachterliche Erststellungnahme des gerichtlich beeideten und zertifizierten Sachverständigen B. eingeholt. Diese Stellungnahme würde jedoch die Fehlverrechnungen nicht widerlegen. Es handle sich dabei im Wesentlichen um abstrakte Ausführungen ohne Bezugnahme auf die Gutachten des Sachverständigen S.. Der Sachverständige B. habe die Objekte nicht vor Ort begutachtet, sondern sich nach seinen eigenen Angaben in den Gutachten auf die Angaben des Geschäftsführers gestützt. Das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren Rahmenvertrag Baumeister sei daher ausgeschieden worden. Diese Ausscheidensentscheidung sei von der Antragstellerin nicht angefochten worden.

Mangels nachweislicher Reorganisationsmaßnahmen (der o.a. Geschäftsführer und die o.a. Sachbearbeiterin seien nach wie vor in diesen Positionen bei der Antragstellerin tätig) sei auch weiterhin von einer beruflichen Unzuverlässigkeit der Antragstellerin auszugehen, weshalb sie auch im gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen sei.

Die Antragstellerin sei daher mit Schreiben vom 30.7.2014 mit dem Ermittlungsergebnis konfrontiert worden. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 5.8.2014 seien in der Folge 17 Privatgutachten und eine Zusammenfassung des Sachverständigen B. vorgelegt worden. Diese wiesen jedoch dieselbe Qualität auf, wie die gutachterliche Erststellungnahme. Sie sei nicht geeignet, die Gutachten des Sachverständigen S. zu widerlegen.

In der Folge sei beim Bezirksgericht ... unter der Aktenzahl ... ein Beweissicherungsverfahren durchgeführt worden. Der gerichtlich beeidete und zertifizierte Sachverständige La. habe hinsichtlich der Mietobjekte, die bereits vom Sachverständigen S. begutachtet wurden, eine Befundaufnahme durchgeführt, die die Erkenntnisse des Sachverständigen S. bestätigt hätten. Auch der Sachverständige B. sei bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen La. anwesend gewesen und habe oftmals die Erkenntnisse des Sachverständigen La. mündlich bestätigt.

Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin bis zur Mitteilung der Ausscheidensentscheidung keine Reorganisationsmaßnahmen mitgeteilt. Diese Behauptung sei ohne nähere Spezifikation erstmals im Nachprüfungsantrag aufgetaucht. Sie sei jedoch unglaubwürdig, da der Geschäftsführer und die Sachbearbeiterin, die für die Malversationen verantwortlich seien, nach wie vor in ihren Positionen tätig seien.

Die Antragsgegnerin sei daher nach wie vor davon überzeugt, dass die vom Sachverständigen S. festgestellten Fehlverrechnungen auf ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der Antragstellerin zurückzuführen seien und schwere Verfehlungen im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 darstellten. Dies sei bis heute von der Antragstellerin nicht widerlegt worden.

Die Antragsgegnerin sei gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verpflichtet, den verfahrensgegenständlichen Auftrag an einen zuverlässigen Bieter zu vergeben. Die Zuverlässigkeit müsse spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein. Bieter, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hätten, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden sei, seien gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 auszuschließen.

Lehre und Rechtsprechung würden in der Vergangenheit liegende Verletzungen von Leistungsverträgen (wie z.B. die bewusste Verrechnung von nicht erbrachten Leistungen) als Nachweis für die berufliche Unzuverlässigkeit anerkennen, wobei eine Verletzung dann als schwer anzusehen sei, wenn sie ihrem Gewicht nach ähnliche Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit des Bieters zulasse, wie die in § 68 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 angeführte strafgerichtliche Verurteilung.

Wie der Auftraggeber die schwere Verfehlung „nachweislich festzustellen“ habe, regle das BVergG 2006 nicht, der Nachweis müsse aber beim Auftraggeber die Überzeugung der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit hervorrufen und für Dritte nachvollziehbar sein. Bereits das Gutachten eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen könne, ebenso wie staatsanwaltliche Ermittlungsergebnisse, für den Nachweis einer schweren beruflichen Verfehlung ausreichend sein.

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens würden die Vertragsverletzungen der Antragstellerin bilden, die vom Sachverständigen S. in schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten festgestellt worden seien. Diese seien durch die Befunde des Sachverständigen La. im Zuge des Beweissicherungsverfahrens des Bezirksgericht ... bestätigt worden. Die Antragstellerin habe in ca. 28.000 Fällen Abrufe zur Leistungserbringung erhalten. Der Sachverständige S. habe diese Leistungen stichprobenartig überprüft und bei allen überprüften Mietobjekten festgestellt, dass die Antragstellerin Leistungen grob mangelhaft erbracht und Leistungen im Ausmaß von ca. 24% verrechnet habe, die sie nicht erbracht habe. Aufgrund der Leistungsbilder sei auszuschließen, dass die Fehlverrechnungen irrtümlich erfolgt seien. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin bewusst wiederkehrend nicht erbrachte Leistungen verrechnet habe. Alle nachweislichen Fehlverrechnungen bezögen sich auf von der Antragstellerin erbrachten Maler- und Anstreicherarbeiten, der in § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 geforderte Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit sei daher gegeben.

Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin die festgestellten schweren Verfehlungen sowohl im Vergabeverfahren „Rahmenvertrag Baumeister“ als auch im gegenständlichen Vergabeverfahren mehrfach vorgehalten und ihr Gelegenheit gegeben, die berufliche Unzuverlässigkeit zu widerlegen.

Weder die gutachterliche Erststellungnahme noch die 17 Privatgutachten und die Zusammenfassung des Sachverständigen B. hätten die Feststellungen der Antragsgegnerin widerlegen können. Dies sei insbesondere auf die mangelhafte Befundaufnahme (kein Ortsaugenschein) zurückzuführen.

Die Befundaufnahme des Sachverständigen La. sei der Antragstellerin im Vergabeverfahren nicht vorgehalten worden. Dies sei nicht erforderlich gewesen, da die Antragstellerin bereits aufgrund der Gutachten des Sachverständigen S. auszuschneiden gewesen sei und die Befunde des Sachverständigen La. die Erkenntnisse des Sachverständigen S. nur bestätigt hätten.

Die Gründe, aus denen die Ausscheidensentscheidung erfolgt sei, seien der Antragstellerin hinreichend bekannt gewesen. Es sei unzutreffend, dass das Aufklärungersuchen vom 30.7.2014 nicht ausreichend konkretisiert gewesen

sei. Die Antragstellerin hätte im Rahmen dieses Aufklärungsversuchens die Möglichkeit gehabt, Umstrukturierungsmaßnahmen darzustellen. Dabei handle es sich um eine Bringschuld des Bieters, ein laufendes Nachfragen des Auftraggebers sei nicht erforderlich. Diese Möglichkeit habe die Antragstellerin bis zur Ausscheidensentscheidung nicht genutzt.

Im Übrigen müsse die Zuverlässigkeit im Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein. Dass die Antragstellerin bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung Umstrukturierungsmaßnahmen gesetzt hätte, behaupte sie nicht einmal.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin nahm am 4.3.2015 in Ordner 1 (Beilagen 1-15, 17-19 und das Inhaltsverzeichnis), Ordner 2 (Beilagen 5, 6, 7, 9, 11 und das Inhaltsverzeichnis) und Ordner 3 (Beilagen 2, 3, 6, 7, 8 und das Inhaltsverzeichnis) des Vergabeaktes Akteneinsicht. Der restliche Vergabeakt war laut Antragsgegnerin von der Akteneinsicht auszunehmen. Der Antrag auf Ausnahme von der Akteneinsicht bezug sich insbesondere auch auf die Gutachten des Sachverständigen S..

Mit Schriftsatz vom 10.3.2015 erstattete die Antragstellerin eine Replik, in der sie vorbrachte, dass der Vergabeakt keine Niederschrift über die Prüfung der Angebote unter Berücksichtigung der für die Beurteilung wesentlichen Umstände enthielte. Dem Vergabeakt liege lediglich ein Aktenvermerk bei, der im Wesentlichen die Begründung der Ausscheidensentscheidung enthalte.

Die Antragsgegnerin habe sich insbesondere nicht mit dem Vorbringen der Antragstellerin zu den von ihr vorgelegten Gutachten des Sachverständigen B. auseinandergesetzt, der auf Unrichtigkeiten in den Gutachten des Sachverständigen S. hingewiesen habe. Er habe weiters Abrechnungsfehler zu Ungunsten der Antragstellerin aufgezeigt und festgehalten, dass keine Verstöße gegen vertragliche Bestimmungen vorlägen. Der Vergabeakt erschöpfe sich dazu in der lapidaren Aussage, dass die Ausführungen keinen konkreten Bezug zu den sachverständigen Feststellungen des Sachverständigen S. hätten.

Die Antragstellerin habe bis dato die Gutachten des Sachverständigen S. nicht vollständig in lesbarer Form erhalten. Die Antragstellerin habe die Antragsgegnerin zudem mit Schreiben vom 5.8.2014 ersucht, ihr die angeblich

unrichtig verrechneten Leistungen und Verstöße gegen vertragliche Bestimmungen konkret zu nennen, auf die sie ihre Annahme der beruflichen Unzuverlässigkeit stütze. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin keine ordnungsgemäße Möglichkeit zur Darlegung ihrer beruflichen Zuverlässigkeit gegeben.

Zur nachweislichen Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 werde ein verbindlicher Ausspruch oder zumindest eine objektive Feststellung einer behördlichen Einrichtung gefordert. Das treffe auf Privatgutachten nicht zu. Die Materialien legten an die Objektivierbarkeit strenge Maßstäbe und forderten, dass die Annahme einer schweren Verfehlung nicht erst von einer künftigen gerichtlichen Klärung abhängen dürfte. Die Antragsgegnerin hätte jedoch keine diesbezüglichen Ansprüche gerichtlich geltend gemacht.

Die Antragstellerin habe die Richtigkeit der Gutachten des Sachverständigen S. niemals anerkannt. Auch aus dem Umstand, dass die Ausscheidensentscheidung im Vergabeverfahren „Rahmenvertrag Baumeister“ unbekämpft geblieben sei, dürfe dies nicht abgeleitet werden.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes müssten Verfehlungen vorliegen, die über die üblicherweise bei Bauvorhaben auftretenden Ausführungsmängel und Unstimmigkeiten bei der Abrechnung deutlich hinausgingen. Dazu seien Feststellungen über die näheren Umstände, wie etwa den Umfang der mangelhaft erbrachten Leistungen bzw. zu viel verrechneten Leistungen im Verhältnis zum Gesamtumfang des Auftrags, die aufgrund der mangelhaft erbrachten Leistungen bewirkte Beeinträchtigung des Gebrauchs, der Qualität bzw. der Optik oder die Aufrechterhaltung der mangelhaften Arbeitsweise trotz entsprechender Vorhalte bzw. Aufforderungen erforderlich. Derartige Feststellungen seien in den Gutachten des Sachverständigen S. nicht enthalten. In einem Gutachten sei sogar festgehalten, dass ordnungsgemäß gearbeitet worden sei.

Auch die Behauptung der Antragsgegnerin, in 100% der Fälle seien ca. 24% nichterbrachter Leistungen verrechnet worden, sei unrichtig. Die Antragstellerin

habe mehr Leistungen erbracht, als vom Sachverständigen S. begutachtet worden seien.

Die Antragstellerin sei den Ausführungen des Sachverständigen S. auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten und habe die Gutachten des Sachverständigen B. vorgelegt. Dieser habe zwar keine Möglichkeit gehabt, an der Befundaufnahme des Sachverständigen S. teilzunehmen, habe seine Feststellungen jedoch auf die Befunde und Gutachten des Sachverständigen S. sowie die Auftragscheine und Rechnungen der Renovierungsarbeiten gestützt. Er habe die Gutachten des Sachverständigen S. zu jeder einzelnen Wohnung entkräftet. Der Vorwurf der Antragsgegnerin, der Sachverständige B. habe in seinen Gutachten keinen konkreten Bezug zu den Gutachten des Sachverständigen S. hergestellt, sei daher unrichtig. Der Sachverständige B. sei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Antragstellerin ihre Arbeiten im Wesentlichen lege artis durchgeführt und korrekt abgerechnet habe; bei fast allen Objekten habe die Antragstellerin Leistungen erbracht, die sie nicht verrechnet habe.

Das Ergebnis des von der Antragsgegnerin angesprochenen Beweissicherungsverfahrens sei im Zeitpunkt der Aufforderung zur Aufklärung vom 30.7.2014 noch nicht vorgelegen. Im Übrigen habe der Sachverständige La. keinesfalls die Feststellungen des Sachverständigen S. bestätigt. Das Beweissicherungsverfahren habe sich auf Beschreibung des zum Zeitpunkt der Befundaufnahme vorgefundenen Zustandes beschränkt. Feststellungen über das Vorliegen von Mängeln bzw. Fehler in der Abrechnung seien darin nicht enthalten.

Auch der Abschlussbericht der LPD Wien stelle kein taugliches Instrument für die nachweisliche Feststellung einer schweren Verfehlung dar. Eine Anklageerhebung aufgrund dieses Berichts sei bis dato nicht erfolgt.

Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 4.2.2015 mitgeteilt, dass sie Reorganisationsmaßnahmen getroffen habe, die eine allenfalls verlorene berufliche Zuverlässigkeit wieder herstellten. Herr KR W. sei nun nicht mehr für die Antragstellerin tätig. Mit Anfang 2015 sei ein internes Controlling eingeführt worden, das eine laufende Qualitätskontrolle sicherstellen

solle. Weiters werde die Antragstellerin in Zukunft weitgehend auf den Einsatz von Subunternehmern verzichten, um dadurch bedingte Missverständnisse und Fehlinformationen in Zukunft zu unterbinden.

Die Antragstellerin sei davon ausgegangen, dass sie mit Schreiben vom 5.8.2014 die Bedenken der Antragsgegnerin ausgeräumt hätte, da die Antragsgegnerin bis zur überraschenden Ausscheidensentscheidung keine weiteren Schritte mehr gesetzt hätte. Die Antragstellerin habe dadurch keine ausreichende Gelegenheit zur Glaubhaftmachung ihrer beruflichen Zuverlässigkeit gehabt. Das Schreiben vom 4.2.2015 und ein aktueller Firmenbuchauszug sind diesem Schriftsatz in Kopie angeschlossen.

Mit Schreiben vom 10.3.2015, somit zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien, teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Antragstellerin, entgegen der ursprünglichen Kennzeichnung der Beilage 1 in Ordner 2 (Gutachten des Sachverständigen S.) und der Beilage 2 in Ordner 2 (Zusammenfassung dieser Gutachten) des Vergabeaktes als von der Akteneinsicht auszunehmen, nunmehr in diese Unterlagen Einsicht nehmen könne.

Alle im Nachprüfungsverfahren erstatteten Schriftsätze wurden der jeweils anderen Partei zur Kenntnis gebracht und ihr Gelegenheit gegeben, dazu schriftlich oder in der mündlichen Verhandlung eine Stellungnahme abzugeben.

Aufgrund des gegenständlichen Nachprüfungsantrags fand am 12.3.2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Diese hatte folgenden Verlauf:

Beide Parteien verwiesen auf ihr bisheriges Vorbringen und ergänzten Folgendes:

Der Antragsgegnervertreter teilte mit, dass im Jahr 2010 der sogenannte „Rahmenvertrag Maler“ abgeschlossen worden sei, auf Grund dessen die Antragstellerin Leistungen für die Antragsgegnerin erbracht habe. Da im Zuge von Rechnungsüberprüfungen Unregelmäßigkeiten festgestellt worden seien, seien nach dem Zufallsprinzip 17 Wohnungen ausgewählt worden, die vom gerichtlich beeideten Sachverständigen S. begutachtet werden sollten. Im Zuge seiner Gutachtenserstellung habe er Feststellungen darüber getroffen, welche

Leistungen dort erbracht worden seien und ob die abgerechneten Positionen mit diesen Leistungen übereinstimmten.

Auf Nachfrage teilte der Antragsgegnervertreter mit, dass die Sachverständigengutachten des Sachverständigen S. der Antragsgegnerin am 18.11.2013 im Rahmen eines zivilgerichtlichen Verfahrens zur Kenntnis gebracht worden seien. Ob damals nur Schwarz-Weiß-Kopien übermittelt worden seien, könne von der Seite der Antragsgegnerin nicht mehr festgestellt werden.

Der Antragstellervertreter entgegnete, dass die Antragstellerin von der Antragsgegnerin nur Schwarz-Weiß-Kopien der Gutachten des Sachverständigen S. erhalten habe, die nicht erkennbare Fotos in schlechter Qualität enthalten hätten. Die Schlüsse des Sachverständigen S. aus diesem Bildmaterial seien der Antragstellerin daher nicht oder nur teilweise nachvollziehbar gewesen.

Hinsichtlich der Unregelmäßigkeiten in der Rechnungslegung sei ein Verfahren beim Landesgericht für Zivilrechtsachen Wien anhängig. In diesem Verfahren habe die Antragstellerin ihr vorenthaltene Entgelte insbesondere der Baustelleneinrichtung eingefordert. Dieses Verfahren betreffe zum Teil auch die 17 vom Sachverständigen S. begutachteten Wohnungen. Es liege diesbezüglich bereits ein Berufungsurteil des OLG Wien vor. Der Klage sei darin teilweise stattgegeben worden. Daraus schließe der Antragstellervertreter, dass die angeblichen Unregelmäßigkeiten zum Teil auf Auffassungsunterschieden des Sachverständigen S. und des Sachverständigen B. beruhten und sich die Rechtsansicht der Antragstellerin bestätigt habe.

Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen S. nicht beigezogen. Der Sachverständige B. habe seine Gutachten daher auf die Befunde des Sachverständigen S. stützen müssen. Er habe erstmals im Rahmen des Beweissicherungsverfahrens des Bezirksgerichtes ... Gelegenheit gehabt, einige der vom Sachverständigen S. begutachteten Wohnungen selbst in Augenschein zu nehmen. Auf Grund der Erkenntnisse aus diesem Augenschein und den Befunden des Sachverständigen La. habe der Sachverständige B. nunmehr ergänzende Gutachten erstellt. In diesen komme er zum Ergebnis, dass die Leistungen norm- und auftragskonform ausgeführt

worden und keine Abrechnungsfehler zu Lasten der Antragsgegnerin erfolgt seien.

In diesem Zusammenhang wurden von der Antragstellerin zwei Gutachten vom 11.3.2015 des Sachverständigen B. vorgelegt. Diese betreffen die Wohnung Wien, S.-gasse und Wien, Z.-gasse und wurden als Beilagen ./1 und ./2 zum Akt genommen. Die Gutachten wurden auch dem Antragsgegnervertreter übergeben.

Als Beweis wurde von der Antragstellerin zu den oben genannten ergänzten Gutachten die Einvernahme des Sachverständigen B. beantragt. Weiters wurde die Einvernahme von Herrn F. zu den Beweisthemen mangelnde Beziehung des Sachverständigen B. zur Befundaufnahme des Sachverständigen S., Abrechnungsunstimmigkeiten und zu den unrichtigen Annahmen des Gutachten des Sachverständigen S. beantragt. Weiters wurde die Einvernahme von Frau P., Herrn F. und Herrn KR W. zum Beweisthema der näheren Umstände der Übermittlung der Gutachten des Sachverständigen S. durch die AG beantragt.

Der Antragsgegnervertreter teilte auf Befragen mit, dass die Antragstellerin seines Wissens nach auch die Zusammenfassung des Sachverständigen S. vom 13.11.2013 erhalten habe. Dies wurde vom Antragstellervertreter bestritten. Der Antragsgegnervertreter legte das Schreiben vom 27.11.2013 betreffend das Vergabeverfahren „MA 34: Maler- und Anstreicherarbeiten, ...“ vor. Dieses wurde als Beilage ./3 zum Akt genommen.

Der Antragsgegnervertreter brachte vor, dass das von der Antragstellerin erwähnte Gerichtsverfahren andere Wohnungen betreffe als die vom Sachverständigen S. begutachteten. Es seien auch andere Themen betroffen gewesen. Es sei nämlich im Gerichtsverfahren um die Frage gegangen, ob diverse Leistungen bei korrekter Ausführung zu erbringen gewesen wären oder nicht (z.B. mehrfache Baustelleneinrichtung). Im vorliegenden Fall sei die Frage gegenständlich, ob nicht erbrachte Leistungen trotzdem verrechnet worden seien. Das Beweissicherungsverfahren vor dem Bezirksgericht ... sei auf Grund der Gutachten des Sachverständigen B. eingeleitet worden, ein weiterführendes Gerichtsverfahren sei diesbezüglich noch nicht eingeleitet worden.

Zu den in der Verhandlung vorgelegten ergänzenden Gutachten des Sachverständigen B. werde festgehalten, dass die diesbezügliche Befundaufnahme am 23.05.2014 erfolgt sei. Am 30.07.2014 habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin um Aufklärung ersucht. Im Schreiben vom 05.08.2014 sei keine ausreichende Aufklärung erfolgt. Ein einmaliges schriftliches Ersuchen um Aufklärung reiche aus. Die Versäumung von Vorbringen sei der Antragstellerin zu Last zu legen. Im Übrigen sei festzuhalten, dass in diesen ergänzenden Gutachten nur zwei Wohnungen begutachtet worden seien und die Sachverständigen S. bzw. La. und der Sachverständigen B. zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen gelangt seien.

Der Antragstellervertreter brachte vor, dass sich das Schreiben vom 30.07.2014 lediglich auf die 17 Gutachten des Sachverständigen S. bezogen habe, die Befundaufnahme den Sachverständigen La. jedoch nicht erwähnt habe. Dies sei nach Ansicht des Antragstellerverreters darin begründet, dass die Befunde des Sachverständigen La. in ihrer Kanzlei erst am 01.09.2014 eingelangt seien. Es sei der Antragstellerin daher nicht möglich gewesen, innerhalb der ihr von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.07.2014 gesetzten Frist zu diesen Befunden Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin sei davon ausgegangen, dass mit Schreiben vom 05.08.2014 die erforderliche Aufklärung erfolgt sei. Diesem Schreiben seien die Gutachten des Sachverständigen B., die detailliert auf die Gutachten des Sachverständigen S. eingegangen seien, beigelegt. Es sei weiters ersucht worden, der Antragstellerin jene Punkte vorzuhalten, die trotz der Vorlage dieser Gutachten noch unklar seien. Eine Reaktion der Antragsgegnerin sei nicht erfolgt.

Der Antragsgegnervertreter teilte mit, dass die Antragsgegnerin bereits zum Zeitpunkt, zu dem der Sachverständige S. festgestellt habe, dass die Antragstellerin nicht erbrachte Leistungen verrechnet habe, zu der Überzeugung gelangt sei, dass die Antragstellerin eine schwere Verfehlung begangen habe und damit unzuverlässig sei. Das Beweissicherungsverfahren vor dem Bezirksgericht ... habe diese Erkenntnisse nur bestätigt.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin wäre es jedoch durchaus möglich gewesen, zu den Befunden des Sachverständigen La. eine Stellungnahme abzugeben. Die Antragstellerin habe an der Befundaufnahme teilgenommen. Es

musste der Antragstellerin auf Grund ihres dadurch erlangten Mehrwissens bewusst sein, dass die Gutachten des Sachverständigen B., denen kein Ortsaugenschein zu Grunde gelegen sei, mangelhaft seien. Die Antragstellerin hätte daher bereits im Schreiben vom 05.08.2014 ein diesbezügliches Vorbringen erstatten können. Auch im Zeitraum bis zur Ausscheidensentscheidung vom 20.01.2015 hätte die Antragstellerin Gelegenheit gehabt, dazu ein Vorbringen zu erstatten.

Der Antragstellervertreter entgegnete, dass eine weitere Stellungnahme aus zwei Gründen nicht erfolgt wäre: Einerseits sei keine Aufforderung durch die Antragsgegnerin erfolgt, andererseits habe die Antragstellerin weiterhin laufende Beauftragungen durch die Stadt Wien und Wiener Wohnen erhalten.

Herr KR W. brachte vor, dass aus den Gutachten des Sachverständigen B. erkennbar sei, dass weder nicht erbrachte Leistungen verrechnet noch mangelhafte Leistungen erbracht worden seien.

Der Antragsgegnervertreter teilte zur Frage, in wie fern sich die Antragsgegnerin mit den Gutachten des Sachverständigen B. auseinandergesetzt habe, mit, dass es eine Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft gegeben habe. Diese liege als Beilage 16 im Ordner 1 im Vergabeakt. Darin sei das Übereinstimmen zwischen den Gutachten des Sachverständigen S. und der Befundaufnahme des Sachverständigen La. dargestellt. Es sei darin auch auf die Gutachten des Sachverständigen B. Bezug genommen worden.

Der Antragstellervertreter teilt mit, dass er die Beilage 16 nicht kenne. Er kenne lediglich den Aktenvermerk vom 23.12.2014, den er im Rahmen der Akteneinsicht gesehen habe. Darin sei keine Rede von einer sachverständigen Auseinandersetzung der Antragsgegnerin mit dem Gutachten des Sachverständigen B.. Die Ausscheidensentscheidung stütze sich nicht darauf.

Der Antragsgegnervertreter teilte mit, dass die Beilage 16 von der Akteneinsicht ausgenommen worden sei. Im Übrigen müsse in der Ausscheidensentscheidung nicht alles aufgezählt werden, was zu dieser Entscheidung geführt habe. Es reiche eine Zusammenfassung.

Der Antragstellervertreter teilte dazu mit, dass es unrichtig sei, dass die Gutachten des Sachverständigen S. und die Befundaufnahme des Sachverständigen La. übereinstimmten, dies werde vom anwesenden Sachverständigen B. bestätigt. Im Übrigen begehre er Akteneinsicht in die Beilage 16, da der Antragstellerin auf Grund der mangelnden Akteneinsicht weitgehend nicht bekannt sei, was Gegenstand der Vorwürfe der Antragsgegnerin sei.

Auf Frage aus dem Senat an die Antragsgegner-Seite, worin das Mehrwissen aus der Anwesenheit der Antragsteller-Seite bei der Befundaufnahme im gerichtlichen Beweissicherungsverfahren bestehe und wie dieses zu Stande kommen soll, erläuterte der Antragsgegnervertreter, dass dieses Mehrwissen dadurch zu Stande komme, dass man (gemeinsam mit den gerichtlichen Sachverständigen) vor Ort anwesend sei und selber vor Ort Feststellungen treffen könne, die man dann entsprechend einbringen könne.

Der Antragstellervertreter ergänzte dazu, dass sich das gerichtliche Beweissicherungsverfahren lediglich auf 10 der insgesamt 17 vom Sachverständigen S. begutachteten Objekte bezogen habe.

Herr KR W. stellte an die Antragsgegnerin die Frage, aus welchem Grund die Antragstellerin einmal ausgeschieden werde und einmal Aufträge von Wiener Wohnen bekomme. Die Antragstellerin habe 2014 im Rahmen einer ARGE ca. 480 Aufträge für Wiener Wohnen durchgeführt.

Der Antragsgegnervertreter teilte dazu mit, dass der Antragstellerin mit Schreiben vom 24.09.2014, Beilage ./7 im Vergabeakt, mitgeteilt worden sei, dass sie auf Grund der Unzuverlässigkeit keine Aufträge von Wiener Wohnen mehr erhalten werde. Die Aufträge, die die Antragstellerin erwähne, stammten aus Rahmenverträgen zwischen Wiener Wohnen und einer Arbeitsgemeinschaft, an der die Antragstellerin offenbar beteiligt sei. Dass laufende Verträge einzuhalten seien, sei verpflichtend.

Auf Frage aus dem Senat, welche Reaktion sich die Antragsgegnerin auf Grund ihres Schreibens vom 30.07.2014 erwartet habe, teilte der Antragsgegnervertreter mit, dass sie sich die Bekanntgabe von

Reorganisationsmaßnahmen erwartet habe, die bewirken sollten, dass derartige schwere Verfehlungen der Antragstellerin nicht mehr vorkommen würden. Weiters habe sie sich eine Auseinandersetzung mit der nachweislich festgestellten Nichterbringungen von verrechneten Leistungen erwartet. Auf Grund der vorliegenden Gutachten des Sachverständigen S., die nachträglich durch die Beweissicherung des Sachverständigen La. bestätigt worden seien, sei für die Antragsgegnerin das Bestreiten der bereits festgestellten Verfehlungen als nicht zulässig erschienen.

Der Antragstellervertreter entgegnete, dass sich die Antragstellerin im Schreiben vom 05.08.2014 mit den Vorwürfen der Antragsgegnerin aus dem Schreiben vom 30.07.2014 inhaltlich auseinandergesetzt und dazu die Gutachten des Sachverständigen B. vorgelegt habe. Die Antragsgegnerin habe im Schreiben vom 30.07.2014 nicht klar zum Ausdruck gebracht, dass sie sich die Darstellung von Reorganisationsmaßnahmen erwarte. Die Antragstellerin habe sich daher zur Darstellung solcher Maßnahmen nicht veranlasst gesehen.

Der Antragsgegnervertreter teilte auf Frage aus dem Senat mit, dass die Antragsgegnerin die Verrechnung von nicht erbrachten Leistungen im Umfang von ca. 24 % in allen 17 überprüften Wohnungen als Beweis dafür angesehen habe, dass die Antragstellerin schwere Verfehlungen in Sinne des § 68 BVergG 2006 begangen habe. Im Übrigen sei systematisch in allen Wohnungen diese Fehlverrechnung vorgelegen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin sei festzuhalten, dass es keine Anleitungspflicht gegenüber dem auszuscheidenden Bieter gebe. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin den in Aussicht genommenen Ausscheidensgrund zur Kenntnis gebracht. Es sei eine Bringschuld des Bieters, Reorganisationsmaßnahmen nachzuweisen.

Der Antragstellervertreter entgegnete, dass sich aus den Gutachten zweifelsfrei ergäbe, dass die von der Antragsgegnerin erwähnten 24 % fehlverrechneter Leistungen nicht zuträfen. Von systematischen Fehlverrechnungen könne keine Rede sein. Der Sachverständige B. sei vielmehr zu dem Ergebnis gekommen, dass in mehreren Fällen eine unrichtige Verrechnung zu Lasten der

Antragstellerin erfolgt sei. Die Antragsgegnerin sei auf diese Feststellungen des Sachverständigen B. im dokumentierten Vergabeakt nicht eingegangen.

Im dokumentierten Vergabeakt fehlten weiters Feststellungen eines Sachverständigen, dass die von der Antragsgegnerin festgestellten Abrechnungsunrichtigkeiten und mangelnde Leistungserbringen in einem Umfang vorgelegen seien, der über die üblichen Mängel deutlich hinausgehe.

Zum Beweis werde ein Sachverständigengutachten beantragt. Weiters werde ein Antrag auf Akteneinsicht in sämtliche vorenthaltene Aktenbestandteile des Vergabeaktes, insbesondere in die Gutachten des Sachverständigen S., beantragt.

Der Antragsgegnervertreter teilte mit, dass Abrechnungsdifferenzen zu Lasten der Antragstellerin nicht verfahrensgegenständlich seien, es gehe vielmehr um nicht erbrachte, aber abgerechnete Leistungen.

Der Sachverständige B. teilte mit, dass der Sachverständige S. Problemstellen aufgezeigt habe, die in der Folge von ihm überprüft worden seien. In diesem Zusammenhang sei unter anderem festgestellt worden, dass eine Rigips-Wand nicht gespachtelt worden sei, weil dies auch nicht erforderlich sei. Nach Aufschneiden der Rigips-Wand sei jedoch auch festgestellt worden, dass die dahinterliegende Wand abgeschert worden sei. Festzuhalten sei, dass das Verspachteln von Dübellöchern und ähnliche Kleinarbeiten von der Antragstellerin im Kulanzweg erfolgt seien und keine gesonderte Verrechnung durchgeführt worden sei. Aus diesem Grund stünden von der Antragstellerin erbrachte, aber nicht gesondert abgerechnete Leistungen aus seiner Sicht durchaus in einem Zusammenhang mit den Vorwürfen der Antragsgegnerin. Jedenfalls sei von der Antragsgegnerin auf seine Argumente in keiner Weise eingegangen worden. Die von der Antragsgegnerin behaupteten 24 % an Fehlverrechnungen seien jedenfalls illusorisch. Weiters hätten aus seiner Sicht keine systematischen Fehlverrechnungen stattgefunden.

Der Antragsgegnervertreter teilte mit, dass es bei diesen Aufträgen zu keiner förmlichen Abnahme durch die Antragsgegnerin gekommen sei.

Herr KR W. brachte vor, dass eine laufende Kontrolle durch die Werkmeister der Antragsgegnerin während der Leistungserbringung erfolge. Beim gegenständlichen Rahmenvertrag sei die Antragstellerin auch mit der Reinigung beauftragt gewesen. In diesem Fall sei daher der zuständige Werkmeister auch nach Auftragserbringung durch die Wohnungen gegangen und habe den Türzylinder getauscht, um ein Eindringen unbefugter Personen zu verhindern.

Der Antragsgegnervertreter hielt dazu fest, dass es sich bei diesen Besichtigungen um keine förmliche Abnahme gehandelt habe. Im Übrigen sei es dem Werkmeister nicht möglich, auf Grund eines bloßen Augenscheines den Aufbau der Wandbeschichtung festzustellen.

Herr KR W. ergänzte, dass es aus seiner Erfahrung durchaus üblich sei, dass die Werkmeister die erbrachten Leistungen beurteilten und bei Mängeln unmittelbar Kontakt mit den jeweiligen Leistungserbringenden aufnehmen.

Aufgrund des vorliegenden Vergabeaktes und des Vorbringens der Parteien im Nachprüfungsverfahren werden folgende Feststellungen getroffen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2014) und auch zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 bekämpft wird. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, Zl. 2007/04/0010). Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2014.

Die Antragstellerin war zunächst Auftragnehmerin der Antragsgegnerin aufgrund des Rahmenvertrages „Anstreicher, Maler, Bodenleger und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in städtischen Wohnhausanlagen der Bezirke 1-23“

(„Rahmenvertrag Maler“) aus dem Jahr 2010. Aufgrund dieses Rahmenvertrages erbrachte sie eine Vielzahl an Leistungen an die Antragsgegnerin. Während der Leistungserbringung bzw. nach deren Abschluss erfolgten Begehungen durch die Werkmeister der Antragsgegnerin, eine förmliche Abnahme der von der Antragstellerin erbrachten Leistungen war nicht vorgesehen und fand folglich auch nicht statt.

Im Zuge von Rechnungsüberprüfungen im Zusammenhang mit diesen Leistungen wurden von der Antragsgegnerin Unklarheiten festgestellt. Aus diesem Grund wurden von der Antragsgegnerin 17 Wohnungen, in denen von der Antragstellerin Leistungen aus dem „Rahmenvertrag Maler“ erbracht wurden, nach dem Zufallsprinzip ausgewählt und eine Begutachtung der Arbeiten in diesen Wohnungen durch den Sachverständigen S. veranlasst. Herr S. ist gerichtlich beideter Sachverständiger für die Fachgebiete Baugewerbe und Innenarchitektur (Malerarbeiten, Anstreicherarbeiten, Lackiererarbeiten, Beschichtungen).

Bei den ausgewählten Wohnungen handelt es sich um folgende Wohnungen:

1. Wien, R.-weg ...,
2. Wien, R.-weg ...,
3. Wien, R.-weg ...,
4. Wien, R.-weg ...,
5. Wien, A. ...,
6. Wien, P.-Straße ...,
7. Wien, J.-gasse ...,
8. Wien, St.-straße ...,
9. Wien, G.-straße ...,
10. Wien, Sch.-gasse ...,
11. Wien, S.-gasse ...,
12. Wien, K.-gasse ...,
13. Wien, Z.-gasse ...,
14. Wien, H.-straße ...,
15. Wien, Sch.-gasse ...,
16. Wien, L.-straße ... und
17. Wien, W.-straße ...

Der Sachverständige S. nahm die ausgewählten Wohnungen im Herbst 2013 in Augenschein und begutachtete die darin von der Antragstellerin vorgenommenen Leistungen. Sein Auftrag lautete, festzustellen, welche Leistungen durch die Antragstellerin in den einzelnen Wohnungen erbracht wurden und ob die abgerechneten Positionen mit diesen Leistungen übereinstimmen.

In seinen 17 Gutachten (Vergabeakt Ordner 2 Beilage 1) führt der Sachverständige S. zunächst an, welche Leistungen laut der jeweiligen Rechnung in der zu begutachtenden Wohnung ausgeführt wurden. Sodann erfolgt eine Darstellung der Befundaufnahme über den Zustand der Wohnung (leer oder bewohnt, etc.), die durchgeführten Arbeiten, allfällig ersichtliche Mängel bei der Ausführung bzw. nicht ausgeführte Leistungen. In den auf diese Befundaufnahme gestützten Gutachten bewertet der Sachverständige S. die ausgeführten Arbeiten aufgrund deren Qualität und stellt dar, welche Rechnungsabzüge aufgrund von nach seiner Wahrnehmung nicht bzw. mangelhaft ausgeführten Leistungen vorzunehmen seien. Abschließend folgen jeweils eine Zusammenfassung des Gutachtens und eine ziffernmäßige Darstellung der rückzurechnenden Positionen. Den Gutachten sind jeweils eine Excel-Tabelle über die betroffenen Leistungsgruppen, Fotomaterial (soweit vorhanden alt bzw. aus der Befundaufnahme), eine Darstellung der Befundaufnahme über die Malerarbeiten sowie die Bezug habenden Rechnungen, Pläne und Aufmasslisten angeschlossen.

Der Sachverständige S. kommt in seinen Gutachten in allen Fällen zu dem Ergebnis, dass nicht erbrachte Leistungen verrechnet wurden und daher von der Rechnungssumme abzuziehen sind. Dabei handelt es sich z.B. um die Verfüzung des Bodenbelags in Abstellräumen, die aufgrund der geringen Breite des jeweiligen Raumes im Vergleich zur Breite des Bodenbelags nicht erforderlich war, die nicht oder nicht vollständig erfolgte Entfernung von Tapeten oder Voranstrichen, zu hohe Regiestunden- bzw. Materialansätze für Reparaturarbeiten oder die mehrfache Berechnung von Baustelleneinrichtungen bei mehrfachen Leistungen (Maler, Anstreicher, Bodenleger).

Weiters stellt er in allen Wohnungen Ausführungsmängel fest, die jedoch von normgerechter Ausführung von Malerarbeiten mit lediglich im Rahmen der Gewährleistung erforderlichen Ausbesserungsarbeiten (wie z.B. in Wohnung 8) bis mangelhafter Ausführung von Anstreicherarbeiten und nicht normgerechter

Ausführung von Malerarbeiten (wie z.B. in Wohnung 14) in ihrem Umfang wesentlich differieren. In mehreren Wohnungen moniert er u.a. auch die nicht erforderliche Abdeckung von Böden, die ohnedies erneuert wurden, die mangelhafte Ausführung von Anstreicherarbeiten (zu dünne Lackschicht, kein Verlauf, Orangenhaut z.B. in Wohnung 5 und 9) bzw. das Ablösen von Malerei aufgrund mangelhafter Vorbereitung des Untergrundes (z.B. in Wohnung 6). In einigen Wohnungen stellt er fest, dass die Antragstellerin im Zuge der von ihr durchgeführten Arbeiten Wand- bzw. Deckenbeläge (Styroporkassetendecke) der Vormieter entfernt hat.

In mehreren Wohnungen weist der Sachverständige S. darauf hin, dass diese bereits bewohnt sind, und daher nur eine optische Begutachtung ohne Schichtproben und Abriebproben erfolgen könne bzw. solche Proben nur in geringem Ausmaß durchgeführt werden können. Teilweise waren die Wände auch von den Mietern bereits neu tapeziert bzw. bemalt. In diesen Fällen hielt der Sachverständige S. fest, dass im Streitfall eine Beweissicherung erfolgen müsse. Eine Qualifizierung dahingehend, ob diese Mängel den bei Bauarbeiten üblichen Umfang überschreiten bzw. inwiefern ein Verschulden (z.B. absichtliches Außerachtlassen von Anordnungen der Antragsgegnerin) der Antragstellerin erkennbar ist, erfolgt in diesen Gutachten nicht.

Die Aufzählung der vom Sachverständigen S. festgestellten Mängel und Fehlverrechnungen erfolgt hier nur beispielhaft und nicht abschließend, da nur eine Basis für einen Vergleich mit den Gutachten des Sachverständigen B. hergestellt werden soll. Eine vollständige Darstellung der Gutachten des Sachverständigen S. ist im gegenständlichen Zusammenhang nicht erforderlich.

In seinem Schreiben vom 13.11.2013 (Vergabeakt Ordner 2 Beilage 2) fasste der Sachverständige S. seine Begutachtung in insgesamt 25 Fällen, die auch die 17 aktenkundigen Wohnungen umfassen, zusammen. Er kommt darin zu dem Schluss, dass im Durchschnitt von der Nichterbringung verrechneter Leistungen im Ausmaß von 24% auszugehen sei. Weiters sei nicht vorstellbar, dass derartige Leistungen irrtümlich nicht erbracht, aber verrechnet worden seien.

Die 17 Gutachten des Sachverständigen S. sind der Antragstellerin aus diversen Vorverfahren inhaltlich weitgehend bekannt, zumal auch der Sachverständige B.

seine Gutachten auf deren Inhalt stützt; sie wurden der Antragstellerin allerdings nur in Form von Kopien, jedoch nie vollständig im Original (Fotos) zur Kenntnis gebracht. Die Hinweise in diversen Schriftsätzen der Antragsgegnerin, wonach der Antragstellerin die Gutachten übermittelt worden seien, beziehen sich auf diese Kopien. Dem trat auch die Antragsgegnerin nicht substantiiert entgegen, zumal sie im Nachprüfungsverfahren zunächst sogar die Ausnahme der Gutachten von der Akteneinsicht beantragte. Ob der Antragstellerin die Zusammenfassung vom 13.11.2013 zur Kenntnis gebracht wurde, konnte nicht abschließend festgestellt werden.

Die Antragsgegnerin verwies mit dem an die Antragstellerin gerichteten Schreiben vom 30.7.2014 im Wesentlichen auf die Gutachten des Sachverständigen S., und führte dazu aus, dass hinsichtlich der Leistungen im Zusammenhang mit dem „Rahmenvertrag Maler“ festgestellt worden sei, dass die Antragstellerin mehrfach und qualifiziert gegen Vertragsbestimmungen verstoßen, Leistungen nachweislich mehrfach grob mangelhaft erbracht und nicht erbrachte Leistungen (24% in 100% der Fälle) verrechnet habe. Bereits im Vergabeverfahren der Antragsgegnerin zur Vergabe eines Rahmenvertrages über Baumeisterarbeiten in den Bezirken 1-23 seien der Antragstellerin die Ermittlungsergebnisse samt den 17 Gutachten zur Kenntnis gebracht worden und daher ihr Angebot betreffend die Lose 24 bis 29 wegen fehlender beruflicher Zuverlässigkeit rechtskräftig ausgeschieden worden.

Aus der von der Antragstellerin im Vergabeverfahren „Rahmenvertrag über Baumeisterarbeiten in den Bezirken 1-23“ („Rahmenvertrag Baumeister“) vorgelegten „Gutachterlichen Erststellungnahme“ des Sachverständigen B. könne nicht abgeleitet werden, dass die nachweislich festgestellten, mehrfachen Fehlverrechnungen nicht stattgefunden hätten bzw. entschuldbar wären. Es handle sich dabei um weitgehend abstrakte Ausführungen ohne konkreten Bezug zu den sachverständigen Feststellungen des Sachverständigen S.. Auch sei nicht ersichtlich, auf welche Unterlagen der Sachverständige B. seine Aussagen stütze; er habe die Objekte jedenfalls nicht besichtigt.

Darüber hinaus sei in einem Abschlussbericht der Landespolizeidirektion Wien vom 12.4.2014 ausdrücklich angemerkt worden, dass selbst in den vom Beschuldigten beigebrachten Gutachten in einigen Passagen auf eine etwaige

Betrugsabsicht geschlossen werden könne. Es sei daher davon auszugehen, dass der Antragstellerin auch weiterhin die berufliche Zuverlässigkeit mangle. Die Antragsgegnerin räume ihr die Möglichkeit ein, bis 6.8.2014 zu den Vorwürfen der mangelnden beruflichen Zuverlässigkeit Stellung zu nehmen. Sollte es die Antragstellerin unterlassen, bis 6.8.2014 eine nachvollziehbare Aufklärung zu geben, werde ihr Angebot ausgeschrieben.

Die Antragstellerin übermittelte der Antragsgegnerin am 5.8.2014 ein Aufklärungsschreiben, in dem sie ausführt, dass sie zwar von einer Anfechtung der Ausscheidensentscheidung im Vergabeverfahren „Rahmenvertrag Baumeister“ Abstand genommen habe, dies jedoch nicht als Zugeständnis der beruflichen Unzuverlässigkeit zu werten sei. Das Verwaltungsgericht Wien habe bereits in zwei Entscheidungen die Auffassung vertreten, dass die von der Antragsgegnerin behauptete Unzuverlässigkeit nicht feststellbar sei.

Im Übrigen habe die Antragsgegnerin nicht bezeichnet, welche Leistungen sie konkret beanstande. Die der Antragstellerin bekannten 17 Gutachten des Sachverständigen S. seien inhaltlich unrichtig, was die Antragstellerin durch die Gegengutachten des Sachverständigen B. nachgewiesen habe. Außerdem bewegten sich die auf die 17 Gutachten des Sachverständigen S. gestützten Vorwürfe der Antragsgegnerin im Bereich von weniger als einem Promille des Auftragsvolumens, das die Antragstellerin im Laufe der Zeit für die Antragsgegnerin erbracht habe. Der Abschlussbericht der Landespolizeidirektion Wien sei der Antragstellerin nicht bekannt, es sei aber noch nicht einmal Anklage erhoben bzw. ein Urteil gefällt worden.

Herr B. ist gerichtlich beeideter Sachverständiger für die Fachgebiete Baugewerbe und Innenarchitektur (Malerarbeiten, Anstreicherarbeiten, Lackiererarbeiten und Beschichtungen). Er erstellte für die Antragstellerin eine „Gutachterliche Erststellungnahme“ vom 10.1.2014 (Vergabeakt Ordner 2 Beilage 9), in der er „nach der ersten Sichtung der Gutachten des Sachverständigen S.“ auf einzelne Argumente in dessen Gutachten vom Herbst 2013 entgegnet. Diese Entgegnungen beziehen sich nicht auf einzelne Wohnungen und sind sehr allgemein gehalten.

Mit dem Schreiben der Antragstellerin vom 5.8.2014 wurden der Antragsgegnerin weiters die Gutachten des Sachverständigen B. vom Februar 2014 zu den auch vom Sachverständigen S. begutachteten Wohnungen hinsichtlich der Abrechnung mit der Stadt Wien nach Umbau und Sanierungsarbeiten sowie die „Gutachterliche Zusammenfassung“ vom 2.3.2014 übermittelt (Vergabeakt Ordner 1 Beilage 13).

In diesen Gutachten wird festgehalten, dass dem Sachverständigen B. als Grundlage seiner Beurteilung die Gutachten des Sachverständigen S., das Leistungsverzeichnis und teilweise Fotos bzw. Stellungnahmen eines Subunternehmers zur Verfügung standen. Es wurde kein Ortsaugenschein durchgeführt, Herr KR W. schilderte und dokumentierte den Sachverhalt.

In der Folge setzt sich der Sachverständige B. zu jeder einzelnen der auch vom Sachverständigen S. begutachteten Wohnungen mit den Vorwürfen in diesen Gutachten auseinander. Er tritt diesen Gutachten hinsichtlich diverser Argumente und Feststellungen entgegen und stützt sich dabei vor allem auf die Darstellung des Sachverständigen S. bzw. die dessen Gutachten beiliegenden Fotos. So stellt er z.B. dar, aus welchen Gründen das vom Sachverständigen S. hinsichtlich mehrerer Wohnungen als nicht erforderlich beurteilte Abdecken der Böden nach seiner Ansicht zu Recht erfolgte. Auch hält er zu einigen Wohnungen fest, dass für als fehlend bemängelte Anstreicherarbeiten kein Auftrag vorhanden gewesen sei. Weiters zieht er die vom Sachverständigen S. zum Beweis des mangelhaft ausgeführten Beschichtungsaufbaus durchgeführten Benetzungsversuche bzw. Haftzugsprüfungen hinsichtlich deren Aussagekraft in Zweifel. Die bemängelten Anstreicherarbeiten entsprächen den Qualitätskriterien für Erneuerungsanstriche Einfach oder Standard, etc.

In einigen Punkten kommt er zu dem Ergebnis, dass die vom Sachverständigen S. geforderten Rechnungsabzüge zu Recht bestünden (z.B. Wohnung in Wien, A. ..., „Abscheren“). Er räumt weiters ein, dass die abschließende Beurteilung der Leistungsqualität in mehreren Fällen eine Besichtigung vor Ort erfordern würde.

Den Großteil der vom Sachverständigen S. angeführten Mängel und Fehlverrechnungen beurteilt der Sachverständige B. als nicht nachvollziehbar und stellt ergänzend fest, dass zwar die in seinen Einzelgutachten

ausgewiesenen Rechnungskorrekturen zulässig seien, bei diesen jedoch von der Antragstellerin erbrachte, aber nicht in Rechnung gestellte Leistungen, wie z.B. Schimmelentfernung und -behandlung, Abtragen von Wandbelägen, Styropor- und Korkbelägen, etc. gegenzurechnen seien.

Am 12.4.2014 erstattete die LPD Wien einen Abschlussbericht über die gegen Herrn KR W. geführten Ermittlungen zu §§ 146 ff StGB an die Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (Vergabeakt Ordner 2 Beilage 3). Der Bericht verweist auf die Gutachten des Sachverständigen S. und des Sachverständigen B.. Er hält fest, dass nicht beurteilt werden könne, welche der Gutachten den Tatsachen entsprächen. Dies könne nur durch ein unabhängiges Gutachten festgestellt werden. Selbst in den vom Beschuldigten beigebrachten Gutachten fänden sich jedoch einige Passagen, aus denen auf eine etwaige Betrugsabsicht geschlossen werden könne. Dieser Bericht wurde der Antragstellerin von der Antragsgegnerin nicht zur Kenntnis gebracht. Ein Urteil ist diesbezüglich noch nicht ergangen.

Im Zuge eines Beweissicherungsverfahrens vor dem Bezirksgericht ... führte der gerichtlich beeidete Sachverständigen La. eine Befundaufnahme in den Wohnungen Nummer 8 bis 17 zu den ihm im Rahmen des gerichtlichen Auftrags gestellten Fragen durch (die elfte von Sachverständigen La. befundete Wohnung befindet sich nicht unter den von der Sachverständigen S. und B. begutachteten Wohnungen). Im Zuge dieser Befundaufnahme erfolgten im Mai und Juni 2014 in Anwesenheit von Vertretern der Antragstellerin und der Antragsgegnerin Ortsaugenscheine in den zu befundenden Wohnungen. In seinen Befunden beantwortete der Sachverständige La. jeweils die ihm gestellten Fragen. Den Befunden sind Fotos der Proben angeschlossen, auf die sich die Fragebeantwortungen beziehen. Das Ergebnis dieser Befundaufnahme wurde der Kanzlei des Rechtsvertreters der Antragstellerin mit Schreiben vom 1.9.2014 übermittelt. Ein zivilgerichtliches Verfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen der Antragsgegnerin gegen die Antragstellerin, das sich auf die Ergebnisse dieses Beweissicherungsverfahrens stützt, ist derzeit nicht anhängig.

Am 26.9.2014 erfolgte eine Urkundenvorlage der Antragsgegnerin an die Wirtschaft- und Korruptionsstaatsanwaltschaft, mit der dieser die Gutachten des Sachverständigen S., des Sachverständigen B. und die Befundaufnahmen des

Sachverständigen La. im Rahmen der Beweissicherung vorgelegt wurden und zu den einzelnen Wohnungen festgestellt wird, zu welchen Fehlverrechnungen es gekommen ist und inwiefern nach der Ansicht der Antragstellerin die Feststellungen des Sachverständigen S. von der Befundaufnahme des Sachverständigen La. bestätigt werden (Vergabeakt Ordner 1 Beilage 16). Dieses Schreiben wurde der Antragstellerin nicht zur Kenntnis gebracht.

Im Zuge des Vergabeverfahrens wurde zur Begründung der bekämpften Ausscheidensentscheidung am 23.12.2014 von der Antragsgegnerin ein Aktenvermerk verfasst, in dem festgehalten wird, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren wegen fehlender beruflicher Zuverlässigkeit ausgeschieden wurde (Vergabeakt Ordner 1 Beilage 17). Der Aktenvermerk verweist im Wesentlichen auf die Gutachten des Sachverständigen S. und ergänzt, dass diese durch die von der Antragstellerin vorgelegten Gutachten des Sachverständigen B. nicht widerlegt werden konnten. Es handle sich dabei weitgehend um abstrakte Ausführungen ohne konkreten Bezug zu den sachverständigen Feststellungen des Sachverständigen S..

Die Schlüssigkeit und Richtigkeit der Gutachten des Sachverständigen S. werde durch die Befundaufnahme des Sachverständigen La. im Zuge des Beweissicherungsverfahrens beim Bezirksgericht ... bestätigt. Der Aktenvermerk erwähnt weiters den o.a. Abschlussbericht der LPD Wien an die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft.

Die Antragstellerin habe nachweislich Leistungen mehrfach grob mangelhaft erbracht und systematisch nicht erbrachte Leistungen verrechnet. Im Durchschnitt seien, und das in 100% der Fälle, etwa 24% der Leistungen verrechnet worden, obwohl diese nie erbracht worden seien. Die Antragstellerin habe dies nicht widerlegen können und auch nicht nachgewiesen, dass sie zu irgendeinem Zeitpunkt Reorganisationsmaßnahmen getroffen hätte. Sie sei daher aufgrund nachweislich festgestellter schwerer beruflicher Verfehlungen gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 auszuscheiden. Diesen Aktenvermerk erhielt die Antragstellerin erst im Rahmen der Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien zur Kenntnis.

Mit Schreiben vom 24.9.2014 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass diese mangels ihrer beruflichen Zuverlässigkeit „zum jetzigen Zeitpunkt“ keine Aufträge für Direktvergaben erhalten werde. Aufgrund ihrer auf die Gutachten des Sachverständigen S. gestützten beruflichen Unzuverlässigkeit und der fehlenden Befugnis von Subunternehmern wurde das Angebot der Antragstellerin im Zuge des Vergabeverfahrens für den Rahmenvertrag Baumeister im November 2014 von der Antragsgegnerin ausgeschieden. Dies blieb unbekämpft. Am 13.11.2014 sprach die Antragsgegnerin den Rücktritt vom „Rahmenvertrag Maler“ und vom Vertrag K.-straße aus.

Am 12.1.2015 erfolgte die angefochtene Ausscheidenentscheidung, die sich, wie von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, auf die Gutachten des Sachverständigen S. stützt.

Von der Antragstellerin wurde mit Schriftsatz vom 10.3.2015 das Schreiben vom 4.2.2015 vorgelegt, mit dem der Antragsgegnerin unter weiterer Bestreitung der mangelhaften Erbringung von Leistungen bzw. der Verrechnung nicht erbrachter Leistungen Reorganisationsmaßnahmen der Antragstellerin hinsichtlich der Unternehmensführung, der zukünftigen Beschäftigung von Subunternehmern und der Einführung eines internen Controllings mitgeteilt werden.

In der mündlichen Verhandlung wurden von der Antragstellerin zwei Gutachten des Sachverständigen B. vom 11.3.2015 vorgelegt. Diese betreffen die Wohnung Wien, Sch.-gasse und Wien, Z.-gasse. Die Antragsgegnerin legte in der Verhandlung das Schreiben der Antragstellerin vom 27.11.2013 vor, in dem die Antragstellerin den Erhalt der Gutachten des Sachverständigen S. im Rahmen eines Zivilgerichtsverfahrens erwähnt.

In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten:

Gemäß § 7 Abs. 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht u.a. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom

Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 hat die vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nichtigkeitsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist, sind gemäß § 2 Abs. 3 WVRG 2014 in Nachprüfungsverfahren das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, mit Ausnahme des § 3 sowie der §§ 7 bis 53 und das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 33/2013, mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles anzuwenden.

Schreib- und Rechenfehler oder diesen gleichzuhaltende, offenbar auf einem Versehen oder offenbar ausschließlich auf technisch mangelhaftem Betrieb einer automationsunterstützten Datenverarbeitungsanlage beruhende Unrichtigkeiten in Bescheiden kann die Behörde gemäß § 62 Abs. 4 AVG jederzeit von Amts wegen berichtigen.

Gemäß § 129 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung u.a. Angebote von Bietern auszuschließen, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind.

Der Auftraggeber hat Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 mit der Begründung ausgeschieden, dass diese im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen habe, die von der Antragsgegnerin nachweislich festgestellt worden sei. In der Ausscheidensentscheidung vom 12.1.2015 hat die Antragsgegnerin dazu ausgeführt, dass die Antragstellerin Leistungen mehrfach

grob mangelhaft erbracht und darüber hinaus auch mehrfach nicht erbrachte Leistungen verrechnet habe. Die Antragsgegnerin verweist in ihrer Ausscheidensentscheidung auf ihr Schreiben vom 30.7.2014, mit dem die Antragstellerin zur Aufklärung aufgefordert wurde. Darin stellt sie dar, dass sich die Vorwürfe einer schweren Verfehlung auf die Feststellungen des Sachverständigen S. in seinen Gutachten vom Herbst 2013 stützen.

Zu prüfen ist daher zunächst, ob die mehrfach grob mangelhafte Leistungserbringung bzw. die mehrfache Verrechnung von nicht erbrachten Leistungen eines Auftragnehmers in einem vor dem vergabegegenständlichen Auftrag entstandenen Vertragsverhältnis zwischen dem nunmehr ausgeschiedenen Bieter und dem Auftraggeber grundsätzlich Gegenstand einer schweren Verfehlung sein kann. Dazu ist festzuhalten, dass es eine Unzuverlässigkeit des Bieters darstellen kann, wenn dieser bei früheren Aufträgen öfters in Verzug geraten ist, die Leistungen schlecht oder nicht vollständig erbracht hat oder im Zuge der Leistungserbringung Schäden verursacht hat, und ihm für diese Verhaltensweisen grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (C. Mayr in S.A.F.T. § 68 Rz 47f m.w.N.). Es ist daher grundsätzlich zulässig, aus der Verletzung von mit öffentlichen Auftraggebern geschlossenen Leistungsverträgen in der Vergangenheit durch einen Auftragnehmer auf dessen Unzuverlässigkeit zu schließen.

In diesem Zusammenhang ist jedoch auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29.2.2008, 2006/04/0227, zu verweisen, in dem der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat, dass diese Verletzungen so schwer sein müssen, dass sie den in Literatur und Judikatur anerkannten schweren Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit (z.B. gerichtlich strafbare Handlungen, Verstöße gegen das Kartellgesetz, Absprachen über Preise, etc.) gleichzuhalten sind. Es muss sich um Verfehlungen handeln, die über die üblicherweise bei Bauvorhaben auftretenden Ausführungsmängel und Unstimmigkeiten deutlich hinausgehen. Eine bloß mangelhafte Leistungserbringung bzw. das Vorliegen von Abrechnungsdifferenzen alleine reicht daher nicht aus, um von einer schweren Verfehlung im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 ausgehen zu können. Es müssen vielmehr weitere Umstände, wie z.B. eine aufgrund der mangelhaften Leistungserbringung bewirkte Beeinträchtigung des Gebrauchs, der Qualität bzw. der Optik oder die

Aufrechterhaltung der mangelhaften Arbeitsweise trotz entsprechender Vorhalte bzw. Aufforderungen hinzutreten. Ebenso muss die Höhe der Fehlverrechnungen in ein Verhältnis zur Gesamtauftragssumme gesetzt werden.

Im vorliegenden Fall hat der Sachverständige S. in seinen Gutachten einerseits durchaus festgehalten, dass durch die von ihm in einigen begutachteten Wohnungen festgestellten Mängel eine Beeinträchtigung der Qualität bzw. der Optik vorliege. So stellt er in seinen Gutachten und in der Zusammenfassung vom 13.11.2013 u.a. dar, dass sich die Malerei in einigen von ihm begutachteten Wohnungen von der Wand löst, weil keine ausreichende Vorbehandlung der Wand vorgenommen wurde, bzw. dass optische Mängel bei den ausgeführten Anstreicherarbeiten vorliegen („Orangenhaut“ auf Türzargen aufgrund zu geringer Schichtstärke bzw. nicht verlaufender Oberfläche).

Andererseits stellt er in seiner Gutachtenszusammenfassung fest, dass in allen geprüften Wohnungen eine Verrechnung nicht erbrachter Leistungen erfolgt ist, die durchschnittlich 24% ausmacht. Auf diese Aussage stützt sich die Antragsgegnerin auch in ihrem Vorhalt gegenüber der Antragstellerin vom 30.7.2014.

§ 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 bestimmt als weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des Ausschlusses eines Bieters vom Vergabeverfahren wegen beruflicher Unzuverlässigkeit die nachweisliche Feststellung der dem Bieter vorgeworfenen schweren Verfehlung durch den Auftraggeber. Dabei obliegt es alleine dem Auftraggeber, Umstände darzutun, die als schwere Verfehlung zu qualifizieren sind; er trägt die Beweislast. Es muss sich dabei um einen objektiven Nachweis handeln, der sich nicht alleine auf subjektive Wahrnehmungen des Auftraggebers gründet. Der Nachweis muss daher auch für Dritte nachvollziehbar sein (C. Mayr in S.A.F.T. § 68 Rz 53f m.w.N.).

In seinem Erkenntnis vom 29.2.2008, 2006/04/0227, hat der Verwaltungsgerichtshof ein in einem Zivilprozess eingeholtes Sachverständigengutachten über die Qualität der Leistungserbringung grundsätzlich als zulässigen Nachweis für die berufliche Unzuverlässigkeit eines Bieters angesehen, wenn auch in diesem Erkenntnis der Umfang der Feststellungen als nicht ausreichend angesehen wurde.

Gegenständlich stützt die Antragsgegnerin ihre nachweislichen Feststellungen der schweren Verfehlungen durch die Antragstellerin auf die von ihr in Auftrag gegebenen Gutachten des gerichtlich beeideten Sachverständigen S.. Nach Ansicht des Senates kann das Gutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen, der aufgrund seiner Ausbildung und Berufserfahrung über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten zur objektiven Beurteilung von Sachverhalten aus seinem Fachgebiet verfügt, grundsätzlich für die nachweisliche Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung herangezogen werden.

Im vorliegenden Fall trat die Antragstellerin den Feststellungen des Sachverständigen S. im Schreiben vom 5.8.2014 jedoch durch Gutachten des Sachverständigen B. auf gleicher fachlicher Ebene entgegen. Ohne dass in diesem Zusammenhang näher darauf eingegangen werden müsste, welche dieser Gutachten inhaltlich zutreffen, muss festgehalten werden, dass der Antragsgegnerin nicht zu folgen ist, wenn sie in dem die Ausscheidensentscheidung begründenden Aktenvermerk vom 23.12.2014 zur „gutachterlichen Erststellungnahme“, den 17 Gutachten und der „gutachterlichen Zusammenfassung“ des Sachverständigen B. ohne Unterscheidung festhält: „Sowohl bei der gutachterlichen Erststellungnahme als auch den Privatgutachten bzw. der gutachterlichen Zusammenfassung handelt es sich um weitgehend abstrakte Ausführungen ohne konkreten Bezug zu den sachverständigen Feststellungen des Sachverständigen S..“

Während die „gutachterliche Erststellungnahme“, die im Schreiben der Antragsgegnerin vom 30.7.2014 erwähnt wird, tatsächlich sehr allgemein gehalten ist und nicht auf die einzelnen vom Sachverständigen S. beurteilten Wohnungen eingeht, setzt sich der Sachverständige B. in den Gutachten zu jeder Wohnung mit den in den Gutachten des Sachverständigen S. festgehaltenen Vorwürfen auseinander und stellt dar, in welchen Fällen er diesen Feststellungen folgen kann (z.B. Wohnung 5 „Abschere Leimfarbe und Abschere Dispersion können nicht beide durchgeführt worden sein“), bzw. in welchen Fällen und aus welchen Gründen er dies nicht kann (z.B. mehrfach „Bodenabdeckung trotz Erneuerung der Böden erforderlich“). Die „gutachterliche Zusammenfassung“ stellt ein Resümee der Einzelgutachten dar.

Dem Argument der Antragsgegnerin, der Sachverständige B. habe die begutachteten Wohnungen im Zuge der Befundaufnahme nicht vor Ort besichtigt, die Befundaufnahme sei daher unvollständig, ist insofern zuzustimmen, als der Sachverständige B. aus diesem Grund den Befundaufnahmen in den Wohnungen, die in den Gutachten des Sachverständigen S. dargestellt sind, nur dort entgegenzutreten kann, wo ihm Fotos zur Verfügung stehen. Der Sachverständige B. räumt dies in seinen Gutachten auch ein.

Soweit jedoch Bilddokumentationen zur Verfügung stehen, soweit die Entgegnungen des Sachverständigen B. daraus oder aus der Befundaufnahme des Sachverständigen S. Schlüsse ziehen oder soweit sich der Sachverständige B. in seiner Begutachtung auf das Leistungsverzeichnis stützt (z.B. zur Frage, ob die geleisteten Arbeiten beauftragt waren oder nicht), ist den Gutachten des Sachverständigen B. jedoch durchaus zuzugestehen, dass sie geeignet sein können, die Argumentation des Sachverständigen S. zu widerlegen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Beweiskraft der Gutachten des Sachverständigen S. alleine nicht mit der Beweiskraft der erforderlichen Nachweise für andere Ausschlussgründe des § 68 (z.B. Strafregisterauszug, Urteil, Firmenbuchauszug) zu vergleichen ist.

Da die Gutachten des Sachverständigen B. somit substantiierte Bedenken gegen diverse Feststellungen des Sachverständigen S. enthalten, hätte sich die Antragsgegnerin im Hinblick auf die Notwendigkeit eines objektiven Nachweises der der Antragstellerin vorgeworfenen schweren Verfehlungen mit diesen Bedenken auseinandersetzen müssen. Die Feststellung, dass diese nur weitgehend abstrakte Ausführungen ohne konkreten Bezug zu den Sachverständigen Feststellungen des Sachverständigen S. enthielten, greift im vorliegenden Fall jedenfalls zu kurz.

Auch in der von der Antragsgegnerin in den mündlichen Verhandlung angeführten Urkundenvorlage (Vergabeakt Ordner 1 Beilage 16) fand eine solche Auseinandersetzung nicht statt. In den dem Schriftsatz beigefügten für jede betroffene Wohnung verfassten Blättern findet lediglich eine Zusammenschau der Gutachten des Sachverständigen S. und der Befunde des Sachverständigen La. statt und es werden die daraus von der Antragsgegnerin gezogenen Schlüsse

dargestellt. Die Gutachten des Sachverständigen B. wurden lediglich dem Schriftsatz beigelegt und dazu ohne näheres Eingehen auf seine Feststellungen festgehalten, dass diese ohne Befundaufnahme vor Ort und nach den Wunschvorstellungen des Herrn KR W. erstellt worden seien und damit unglaubwürdig seien.

Zu den von der Antragsgegnerin als Untermauerung der Gutachten des Sachverständigen S. herangezogenen Befundaufnahmen des Sachverständigen La. im Zuge des Beweissicherungsverfahrens vor dem Bezirksgericht ... ist festzuhalten, dass sich diese nur auf einen Teil der vom Sachverständigen S. begutachteten Wohnungen beziehen. Der Sachverständige La. beantwortet darin die vom Gericht gestellten Fragen aufgrund des von ihm durchgeführten Ortsaugenscheines und der Proben und dokumentiert seine Vorgangsweise.

Eine Qualifikation des vorgefundenen Zustandes als mangelhaft oder ordnungsgemäß, Feststellungen zum Verursacher bzw. zu einem allfälligen Verschulden an einem mangelhaftem Zustand enthalten die Befunde nicht, da sie ausschließlich der Dokumentation des Ist-Zustandes dienen sollen und die Schlüsse daraus in einem allfälligen Zivilgerichtsverfahren zu ziehen wären. Ein Vergleich mit der Befundaufnahme des Sachverständigen S. ist daher möglich, Feststellungen über die näheren Umstände der Leistungserbringung der Antragstellerin enthalten die Befundaufnahmen jedoch nicht.

Im Übrigen wurde das Ergebnis der Befundaufnahmen durch den Sachverständigen La. der Antragstellerin erst nach Ablauf der mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 30.7.2014 gesetzten Stellungnahmefrist übermittelt, weshalb sie dieses Ergebnis in ihrem Schreiben vom 5.8.2014 nicht berücksichtigen konnte. Der Argumentation der Antragsgegnerin, die Antragstellerin bzw. der Sachverständige B. hätte bereits aufgrund des anlässlich der Teilnahme an der Besichtigung der Wohnungen im Mai und Juni 2014 gegenüber dem Zeitpunkt der Gutachtenserstellung erlangten Mehrwissens eine Stellungnahme zur Befundaufnahme des Sachverständigen La. abgeben können, kann nicht gefolgt werden, da zu diesem Zeitpunkt die Befunde eben noch nicht vorlagen. Im Übrigen stellen diese Befunde nur den vom Sachverständigen La. vorgefundenen Zustand der befundeten Wohnungen dar und treffen keine

Aussage zu den vom Sachverständigen S. gezogenen Schlüssen, denen der Sachverständige B. in seinen Gutachten entgegengetreten ist.

Der von der Antragsgegnerin ebenfalls zur Unterstützung ihrer Annahme einer schweren beruflichen Verfehlung angeführte Abschlussbericht der LPD Wien kann ihren Standpunkt insofern nicht stützen, als er sich inhaltlich auf die bereits hier verfahrensgegenständlichen Gutachten der Sachverständige S. und B. bezieht und keine abschließende Aussage über ein Verschulden des Herrn KR W. als in diesem Strafverfahren Beschuldigten trifft. Der Bericht spricht lediglich davon, dass aus einigen Passagen der Gutachten des Sachverständigen B. auf eine etwaige Betrugsabsicht geschlossen werden könnte. Weiters wird darin festgehalten, dass zur Klärung, welche Gutachten zutreffen, ein weiteres Gutachten einzuholen sein werde. Der Bericht ist als Grundlage für eine strafgerichtliche Überprüfung der angelasteten Verfehlungen anzusehen. Ein Urteil ist diesbezüglich noch nicht ergangen.

Erst nach einer Auseinandersetzung mit den Gutachten des Sachverständigen B. kann auch festgestellt werden, ob die vom Sachverständigen S. dargestellten Mängel bei der Leistungserbringung bzw. die Verrechnung von durchschnittlich 24% an nicht erbrachten Leistungen tatsächlich gegeben sind oder die Gegenargumente des Sachverständigen B. in gewissen Bereichen berechtigt sind.

Dies ist insofern von Bedeutung, als nach der o.a. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes erst dann von einer schweren Verfehlung ausgegangen werden kann, wenn der Umfang bzw. die näheren Umstände der mangelhaften Leistungen und Fehlverrechnungen über die üblicherweise bei Bauvorhaben auftretenden Ausführungsmängel und Unstimmigkeiten bei der Abrechnung deutlich hinausgehen. Grundlage dieser Beurteilung müssen aber die objektiv nachgewiesenen Vertragsverletzungen durch die Antragstellerin sein.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin weder im gegenständlichen Verfahren, noch in den Vorverfahren die Gutachten des Sachverständigen S., auf die sie den Vorwurf der beruflichen Unzuverlässigkeit der Antragstellerin wesentlich stützt, in ausreichender Qualität zur Kenntnis gebracht hat, was insofern Auswirkungen auf den Informationsstand der Antragstellerin haben kann, als diesen Gutachten

Beweisfotos angeschlossen sind, die beim Kopieren an Qualität einbüßen und u.U. relevante Details nicht mehr erkennen lassen. Die Antragsgegnerin hat im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren beantragt, diese Gutachten (die auch im Vergabeakt offenbar nur in Farbkopie vorliegen) von der Akteneinsicht auszunehmen und hat diesen Antrag erst zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung zurückgezogen.

Die Befunde des Sachverständigen La., die von der Antragsgegnerin in der Ausscheidensentscheidung als Untermauerung der Gutachten des Sachverständigen S. genannt werden, erhielt die Antragstellerin erst nach Ablauf der Stellungnahmefrist gemäß Aufforderung zur Aufklärung vom 30.7.2014.

Die Antragstellerin erlangte über den Inhalt der Urkundenübermittlung (Sachverhaltsdarstellung) an die Staatsanwaltschaft bzw. die dieser angeschlossenen Blätter mit der Zusammenschau der Gutachten des Sachverständigen S. und der Befundaufnahmen des Sachverständigen La., in der sich die Antragsgegnerin nach ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung mit den Gutachten des Sachverständigen B. auseinandergesetzt hat, keine Kenntnis. Auch hinsichtlich dieses Schriftsatzes wurde von der Antragsgegnerin die Ausnahme von der Akteneinsicht beantragt. In den die Ausscheidensentscheidung begründenden Aktenvermerk vom 23.12.2014 erhielt die Antragstellerin erst im Rahmen der Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren Einsicht.

Diese Vorgangsweise der Antragsgegnerin ist im Hinblick auf das Recht der Antragstellerin zur Glaubhaftmachung ihrer beruflichen Zuverlässigkeit und das damit im Zusammenhang stehende Erfordernis der ausreichenden Information über die von der Antragsgegnerin gegen sie erhobenen Vorwürfe unzureichend, da einem Bieter, der wegen vom Auftraggeber festgestellter beruflicher Unzuverlässigkeit ausgeschieden werden soll, gemäß § 73 Abs. 1 letzter Halbsatz BVergG 2006 vom Auftraggeber Gelegenheit gegeben werden muss, seine Zuverlässigkeit glaubhaft zu machen. Der Bieter soll Gelegenheit erhalten, entlastende Umstände geltend zu machen bzw. von ihm gesetzte Maßnahmen darzustellen, die weitere Verfehlungen für die Zukunft ausschließen sollen. Dies

setzt jedoch voraus, dass der Bieter hinreichend konkret über die Vorwürfe des Auftraggebers informiert wird.

Den weiteren Beweisanträgen der Antragstellerin war keine Folge zu geben, da sie zur Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts nicht erforderlich waren. Die der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 4.2.2015 von der Antragstellerin bekanntgegebenen Reorganisationsmaßnahmen haben für das gegenständliche Vergabeverfahren keine Bedeutung mehr und werden von der Antragsgegnerin allenfalls bei zukünftigen Vergabeverfahren zu berücksichtigen sein. Ebenso wenig waren die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Gutachten des Sachverständigen B. entscheidungsrelevant, da diese erst am 11.3.2015 und damit nach der angefochtenen Ausscheidensentscheidung erstellt wurden.

Für die Zulässigkeit des Ausscheidens der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren mangelt es somit im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin die Beweislast für das Vorliegen der schweren Verfehlungen trägt, an der ausreichenden Objektivierung und damit an der nachweislichen Feststellung der schweren Verfehlung der Antragstellerin. Auch die Frage, ob die in den Gutachten des Sachverständigen S. befundeten Mängel und Fehlverrechnungen das vom Verwaltungsgerichtshof als für eine schwere berufliche Verfehlung erforderlich erachtete Ausmaß erreichen, wurde mangels einer Auseinandersetzung mit den Gutachten des Sachverständigen B. von der Antragsgegnerin nicht ausreichend beantwortet. Nicht zuletzt wurden der Antragstellerin die gegen sie erhobenen Vorwürfe und das dazugehörige Belastungsmaterial nicht ausreichend bzw. nicht vollständig zur Kenntnis gebracht und ihr damit nicht ausreichend Gelegenheit gegeben, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen.

Ein weiterer Ausscheidensgrund, der sich bereits aus dem Akteninhalt ergibt, wurde vom Senat nicht festgestellt. Die bekämpfte Ausscheidensentscheidung erfolgte daher zu Unrecht und war spruchgemäß für nichtig zu erklären.

Soweit von der Antragstellerin eingewendet wird, die Vorentscheidungen des Verwaltungsgericht Wien zu den Zahlen VGW-123/077/10226/2014, VGW-123/077/23937/2014, VGW.123/077/23976/2014 und

VGW-123/077/23977/2014 seien zu dem Ergebnis gekommen, dass das von der Antragsgegnerin behauptete Fehlen der beruflichen Zuverlässigkeit die angefochtenen Entscheidungen nicht zu tragen vermochte, ist darauf hinzuweisen, dass in den zitierten Vorentscheidungen des Verwaltungsgericht Wien zwar festgehalten wurde, dass dem Bieter vor einem Ausscheiden gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 Gelegenheit zur Geltendmachung seiner beruflichen Zuverlässigkeit zu geben ist; da in den Vorverfahren aber bereits die Stellungnahmefrist als zu kurz bemessen angesehen wurde, war dort nicht näher auf die Frage einzugehen, in welchem Umfang dem Bieter allfällige Unterlagen zur Kenntnis zu bringen sind, auf die der Auftraggeber seine Ausscheidensentscheidung wegen beruflicher Unzuverlässigkeit stützt.

Da die Antragstellerin mit ihrem Nichtigerklärungsantrag obsiegte, hat ihr die Antragsgegnerin die dafür entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 3.000,-- gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 zu ersetzen. Ein Ersatz der Gebühren für die Einstweilige Verfügung in der Höhe von EUR 1.500,-- steht der Antragstellerin gemäß § 16 Abs. 2 WVRG 2014 nicht zu, da diesem Antrag aus anderen Gründen, als einer Interessenabwägung nicht stattgegeben wurde. Nachdem der Ausspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 4.500,-- in der mündlichen Verkündung des Erkenntnisses offenbar auf einem Versehen beruhte, erfolgte in der schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses die entsprechende Berichtigung.

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.

R e c h t s m i t t e l 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 des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder 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 für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Mag.^a Mandl