

TE Lvwg Erkenntnis 2016/6/27 LVwG-314-2/2016-S1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.06.2016

Entscheidungsdatum

27.06.2016

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §106 Abs1

BVergG 2006 §139 Abs1 Z2

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §69 Z1

GewO 1994 §94 Z11

GewO 1994 §32 Abs1 Z1

BVergG 2006 §76

BVergG 2006 §83 Abs1

BVergG 2006 §108 Abs1 Z2

BVergG 2006 §123 Abs2 Z2

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011

7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Anmerkung

Spruch wurde mit Beschluss vom 29.06.2016, LVwG-314-2/2016-S1 dahingehend berichtigt, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig ist.

Text

Im Namen der Republik!

Erkenntnis

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Dr. Herzog, Dr. Böhler und Mag. Pathy über den Antrag der R E B GmbH, V, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Wien, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des Landes Vorarlberg betreffend das Vergabeverfahren „Metallfassade - Generalsanierung S H, W- u. W GmbH, L“ zu Recht erkannt: Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Dr. Herzog, Dr. Böhler und Mag. Pathy über den Antrag der R E B GmbH, römisch fünf, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Wien, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des Landes Vorarlberg betreffend das Vergabeverfahren „Metallfassade - Generalsanierung S H, W- u. W GmbH, L“ zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 3, 4 Abs 2 und 12 Abs 1 lit b und Abs 2 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abgewiesen. Gemäß den Paragraphen 3, 4, Absatz 2 und 12 Absatz eins, Litera b und Absatz 2, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Begründung

1.1. In einem am 25.04.2016 beim Landesverwaltungsgericht eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen Folgendes vor:

„10. Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung

10.1. Identität des präsumtiven Zuschlagsempfängers

Mit Schreiben vom 14.4.2016 gab der Auftraggeber bekannt, dass er beabsichtigt, den Zuschlag an die Firma B T e.U.“ zu erteilen. Auch dem Angebotsöffnungsprotokoll vom 8.3.2016 ist zu entnehmen, dass eines der vier eingelangten Angebote vom „B T e.U. Dach & Fassade“ stammt.

Aus dem (historischen) Firmenbuchauszug des B T e.U. (FN XXX) ist jedoch ersichtlich, dass dieses mit Geschäftsfall zu 15 Fr 920/15 d, eingetragen am 10.6.2015, gelöscht wurde. Aus dem (historischen) Firmenbuchauszug des B T e.U. (FN römisch 30) ist jedoch ersichtlich, dass dieses mit Geschäftsfall zu 15 Fr 920/15 d, eingetragen am 10.6.2015, gelöscht wurde.

Ergebnis: Schon aus diesem Grund ist die Zuschlagsentscheidung vom 14.4.2016 unwirksam, rechtswidrig und zu widerrufen, da die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an ein nichtexistierendes Rechtssubjekt denkmöglich ist.

Beweis: - Zuschlagsentscheidung vom 14.4.2016, Beilage ./D;

- Angebotsöffnungsprotokoll vom 8.3.2016, Beilage ./C;

-

historischer Firmenbuchauszug der Firma B T e.U (FN XXX) vom 21.4.2016, Beilage ./G; historischer Firmenbuchauszug der Firma B T e.U (FN römisch 30) vom 21.4.2016, Beilage ./G;

-

vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

10.2 Mangelnde Eignung des präsumtiven Zuschlagsempfängers / der B GmbH

Ein fundamentaler Grundsatz des Vergabeverfahrens bestimmt, dass Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden dürfen (§ 19 Abs 1 BVergG). Ein fundamentaler Grundsatz des Vergabeverfahrens bestimmt, dass Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden dürfen (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG).

Dem offenen Firmenbuchstand ist zu entnehmen, dass das T B e.U. (FN XXX), der ausgewiesene präsumtive Zuschlagsempfänger, mit Einbringungsvertrag vom 29.5.2015 zum ausschließlichen Zweck der Fortführung mit allen Rechten und Verbindlichkeiten in die B GmbH (FN YYY) eingebracht wurde. Sollte der Antragsgegner in diesem Zusammenhang die unzutreffende Ansicht vertreten, dass der Zuschlag dennoch an den präsumtiven Zuschlagsempfänger ergehen soll, so wird auf Punkt 6. des Einbringungsvertrags vom 29.5.2015 verwiesen, der Folgendes besagt: „die Berechtigung zur weiteren Gewerbeausübung [Anmerkung: Dachdeckergewerbe] geht auf die übernehmende Gesellschaft über“. Eine Zuschlagserteilung auf das in der Zuschlagsentscheidung genannte Einzelunternehmen ist daher auch aus diesem Grund ausgeschlossen. Dem offenen Firmenbuchstand ist zu entnehmen, dass das T B e.U. (FN römisch 30), der ausgewiesene präsumtive Zuschlagsempfänger, mit Einbringungsvertrag vom 29.5.2015 zum ausschließlichen Zweck der Fortführung mit allen Rechten und Verbindlichkeiten in die B GmbH (FN YYY) eingebracht wurde. Sollte der Antragsgegner in diesem Zusammenhang die unzutreffende Ansicht vertreten, dass der Zuschlag dennoch an den präsumtiven Zuschlagsempfänger ergehen soll, so wird auf Punkt 6. des Einbringungsvertrags vom 29.5.2015 verwiesen, der Folgendes besagt: „die Berechtigung zur weiteren Gewerbeausübung [Anmerkung: Dachdeckergewerbe] geht auf die übernehmende Gesellschaft über“. Eine Zuschlagserteilung auf das in der Zuschlagsentscheidung genannte Einzelunternehmen ist daher auch aus diesem Grund ausgeschlossen.

Ungeachtet dessen, dass es dem Auftraggeber nicht freisteht, den Vertrag und potentielle Vertragspartner beliebig abzuändern, wird in der Folge ausgeführt, warum auch eine (hypothetische) Zuschlagsentscheidung zugunsten der B GmbH (FN YYY) vergaberechtswidrig und unzulässig ist bzw wäre:

In den Ausschreibungsbestimmungen Teil B1 ist in Punkt 1.8 „Verfahrensablauf“ Folgendes festgelegt:

□

Weiters ist in den Ausschreibungsbestimmungen Teil B1 in Punkt 2.2 „Befugnis“, Punkt 2.2.2 „Österreichische Bieter“ Folgendes geregelt:

□

Laut GISA-Auszug vom 21.4.2016 verfügt die B GmbH lediglich über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe des Dachdeckers (§ 94 Z 11 GewO). Auch der historische Firmenbuchauszug vom 21.4.2016 des präsuntiven Zuschlagsempfängers zeigt auf, dass dieser nur den Geschäftszweig „Dachdeckergewebe“ ausgeübt hat. Weder die B GmbH noch der präsuntive Zuschlagsempfänger haben eine gewerberechtliche Befugnis als Spengler gemäß § 94 Z 64 GewO oder als Schlosser gemäß § 94 Z 59 GewO (dies entspricht nunmehr dem Handwerk „Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau“), sodass die nachfolgenden Ausführungen jeweils für beide Unternehmen zutreffen. Im Gegensatz hierzu verfügt die Antragstellerin über Gewerbeberechtigungen für die reglementierten Gewerbe des Dachdeckers gemäß § 94 Z 11 GewO, des Spenglers gemäß § 94 Z 64 GewO, des Lüftungsanlagenbauers gemäß § 94 Z 15 GewO und des Schlossers gemäß § 94 Z 59 GewO 1994 (in weiterer Folge erfolgt der Zusatz „GewO 1994“). Laut GISA-Auszug vom 21.4.2016 verfügt die B GmbH lediglich über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe des Dachdeckers (Paragraph 94, Ziffer 11, GewO). Auch der historische Firmenbuchauszug vom 21.4.2016 des präsuntiven Zuschlagsempfängers zeigt auf, dass dieser nur den Geschäftszweig „Dachdeckergewebe“ ausgeübt hat. Weder die B GmbH noch der präsuntive Zuschlagsempfänger haben eine gewerberechtliche Befugnis als Spengler gemäß Paragraph 94, Ziffer 64, GewO oder als Schlosser gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO (dies entspricht nunmehr dem Handwerk „Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau“), sodass die nachfolgenden Ausführungen jeweils für beide Unternehmen zutreffen. Im Gegensatz hierzu verfügt die Antragstellerin über Gewerbeberechtigungen für die reglementierten Gewerbe des Dachdeckers gemäß Paragraph 94, Ziffer 11, GewO, des Spenglers gemäß Paragraph 94, Ziffer 64, GewO, des Lüftungsanlagenbauers gemäß Paragraph 94, Ziffer 15, GewO und des Schlossers gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO 1994 (in weiterer Folge erfolgt der Zusatz „GewO 1994“).

In der Zuschlagsentscheidung vom 14.4.2016 führt der Antragsgegner aus, dass ein Rechtsgutachten zur Überprüfung der Befugnis des präsuntiven Zuschlagsempfängers eingeholt wurde. Dieses Rechtsgutachten vom 29.3.2016 (in der Folge „Rechtsgutachten“) beschäftigt sich mit der Frage, ob die Gewerbeberechtigung „Dachdecker“ gemäß § 94 Z 11 GewO des „Bieters B“ (sic! [welches Rechtssubjekt damit tatsächlich gemeint ist, bleibt unbeantwortet]) für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen ausreichend ist. Das Rechtsgutachten dient als Grundlage für die Zuschlagsentscheidung und kommt (fälschlicherweise) zum Schluss, dass der „Bieter B“ befugt ist, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. In der Zuschlagsentscheidung vom 14.4.2016 führt der Antragsgegner aus, dass ein Rechtsgutachten zur Überprüfung der Befugnis des präsuntiven Zuschlagsempfängers eingeholt wurde. Dieses Rechtsgutachten vom 29.3.2016 (in der Folge „Rechtsgutachten“) beschäftigt sich mit der Frage, ob die Gewerbeberechtigung „Dachdecker“ gemäß Paragraph 94, Ziffer 11, GewO des „Bieters B“ (sic! [welches Rechtssubjekt damit tatsächlich gemeint ist, bleibt unbeantwortet]) für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen ausreichend ist. Das Rechtsgutachten dient als Grundlage für die Zuschlagsentscheidung und kommt (fälschlicherweise) zum Schluss, dass der „Bieter B“ befugt ist, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen.

Für die Ermittlung des Umfangs der Gewerbeberechtigung ist vorrangig der Wortlaut der Anmeldung oder des Bescheids im Zusammenhang mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Wenn sich anhand des Wortlauts im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften nicht zweifelsfrei der jeweilige Gewerbeberechtigungsumfang feststellen lässt, sind die nach § 29 Abs 2 GewO genannten Kriterien (wie zum Beispiel die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge oder die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe wie Werkzeuge und Maschinen) zur Beurteilung des Umfangs der Gewerbeberechtigung heranzuziehen. Für die Ermittlung des Umfangs der Gewerbeberechtigung ist vorrangig der Wortlaut der Anmeldung oder des Bescheids im Zusammenhang mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Wenn sich anhand des Wortlauts im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften nicht zweifelsfrei der jeweilige Gewerbeberechtigungsumfang

feststellen lässt, sind die nach Paragraph 29, Absatz 2, GewO genannten Kriterien (wie zum Beispiel die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge oder die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe wie Werkzeuge und Maschinen) zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen.

Spengler gemäß § 94 Z 64 GewO stellen Blechteile für Dächer, Dachrinnen, Gesimse, Schornsteine, Heizungen, Lüftungen usw sowie Produkte für Haushalt, Gewerbe und Industrie her. Dabei bearbeiten sie Metallbleche wie zB Eisen-, Aluminium- oder Kupferbleche mit Blechscheren, Zangen, Klemmen usw. Weiters führen sie alle Montage-, Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten durch. Der Berechtigungsumfang des Spenglers umfasst die Herstellung von Dachflächen mit Metallen und Kunststoffen aller Art inklusive wärmetechnischen Aufbauten oder auch die Herstellung von Wänden, Fassaden und Decken mit Metallen und Kunststoffen aller Art inklusive wärmetechnischen Aufbauten (Raschauer, § 94 Z 64, E/R/W GewO, RZ 114) Spengler gemäß Paragraph 94, Ziffer 64, GewO stellen Blechteile für Dächer, Dachrinnen, Gesimse, Schornsteine, Heizungen, Lüftungen usw sowie Produkte für Haushalt, Gewerbe und Industrie her. Dabei bearbeiten sie Metallbleche wie zB Eisen-, Aluminium- oder Kupferbleche mit Blechscheren, Zangen, Klemmen usw. Weiters führen sie alle Montage-, Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten durch. Der Berechtigungsumfang des Spenglers umfasst die Herstellung von Dachflächen mit Metallen und Kunststoffen aller Art inklusive wärmetechnischen Aufbauten oder auch die Herstellung von Wänden, Fassaden und Decken mit Metallen und Kunststoffen aller Art inklusive wärmetechnischen Aufbauten (Raschauer, Paragraph 94, Ziffer 64,, E/R/W GewO, RZ 114).

Schlosser gemäß § 94 Z 59 GewO dürfen unter anderem folgende Tätigkeiten ausüben: Herstellung von Konstruktionen des Stahl- und Metallbaues; Entwurf und Bau von vorgehängten Kalt- und Warmfassaden, Schaufenstern und Eingangsanlagen sowie von Wänden und Decken bei vorwiegender Verwendung von Stahl, Nichteisenmetallen und Kunststoffen; Herstellung und Einbau von Fenstern, Türen, Toren, Geländern und Rollgittern aus Stahl, Nichteisenmetallen und Kunststoffen sowie von Beschlägen und Diebstahlsicherungen (Ausbildungs- und Prüfungsordnung BGBl II 2011/148). Schlosser gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO dürfen unter anderem folgende Tätigkeiten ausüben: Herstellung von Konstruktionen des Stahl- und Metallbaues; Entwurf und Bau von vorgehängten Kalt- und Warmfassaden, Schaufenstern und Eingangsanlagen sowie von Wänden und Decken bei vorwiegender Verwendung von Stahl, Nichteisenmetallen und Kunststoffen; Herstellung und Einbau von Fenstern, Türen, Toren, Geländern und Rollgittern aus Stahl, Nichteisenmetallen und Kunststoffen sowie von Beschlägen und Diebstahlsicherungen (Ausbildungs- und Prüfungsordnung BGBl römisch zwei 2011/148).

Demgegenüber führen Dachdecker gemäß § 94 Z 11 GewO verschiedenste Arten von Dacheindeckungen sowie alle anfallenden Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten an Dächern durch. Sie verlegen Flach- und Steildächer mit Materialien wie Schiefer, Ziegel, Faserzementplatten oder Betondachsteinen und bauen Lichtkuppeln und Dachfenster ein. Ein weiterer Aufgabenbereich ist die Herstellung und Montage von Wärmedämmungen, Fassaden- und Kaminverkleidungen. Sie montieren Dachrinnen, Dachleitern, Blitzschutzanlagen oder Solarsysteme (Raschauer, § 94 Z 11, E/R/W GewO, RZ 31). Demgegenüber führen Dachdecker gemäß Paragraph 94, Ziffer 11, GewO verschiedenste Arten von Dacheindeckungen sowie alle anfallenden Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten an Dächern durch. Sie verlegen Flach- und Steildächer mit Materialien wie Schiefer, Ziegel, Faserzementplatten oder Betondachsteinen und bauen Lichtkuppeln und Dachfenster ein. Ein weiterer Aufgabenbereich ist die Herstellung und Montage von Wärmedämmungen, Fassaden- und Kaminverkleidungen. Sie montieren Dachrinnen, Dachleitern, Blitzschutzanlagen oder Solarsysteme (Raschauer, Paragraph 94, Ziffer 11,, E/R/W GewO, RZ 31).

Im Rechtsgutachten wird in Punkt 2.2 a. ausgeführt, dass die herzustellende Fassade im Wesentlichen aus industriell vorgefertigten Metallelementen, die mechanisch mittels Nieten befestigt werden, besteht und daher die Leistung auch von einem Dachdecker erbracht werden darf. In diesem Zusammenhang wird im Rechtsgutachten auf die Positionen 33.12 V und 33.1290N Z des Leistungsverzeichnisses verwiesen. Im Rechtsgutachten wird in Punkt 2.2 a. ausgeführt, dass die herzustellende Fassade im Wesentlichen aus industriell vorgefertigten Metallelementen, die mechanisch mittels Nieten befestigt werden, besteht und daher die Leistung auch von einem Dachdecker erbracht werden darf. In diesem Zusammenhang wird im Rechtsgutachten auf die Positionen 33.12 römisch fünf und 33.1290N Z des Leistungsverzeichnisses verwiesen.

Im Teil B.4 (Leistungsverzeichnis (LV) und Kostenübersicht) ist in der Position 33.12 V unter anderem Folgendes geregelt: Im Teil B.4 (Leistungsverzeichnis (LV) und Kostenübersicht) ist in der Position 33.12 römisch fünf unter anderem Folgendes geregelt:

„Systemanforderungen:

[...] Die Baulängen werden entsprechend den Ausführungsangaben (Plänen) des Auftraggebers bis zur technisch möglichen Gesamtlänge (mindestens 6 m) industriell vorgefertigt geliefert [...]“

(Hervorhebung durch den Zitierenden)

Im Teil B.4 (Leistungsverzeichnis (LV) und Kostenübersicht) ist in der Position 33.1290N Z unter anderem Folgendes geregelt:

„ [...] Befestigung auf Einzelhalterungen durch fachgerechtes Setzen von zugelassenen Nieten.[...]“

Die Behauptung, dass die herzustellende Fassade (ausschließlich mit dem Hinweis auf Position 33.12 V und 33.1290N Z des Leistungsverzeichnisses und ohne weitere Begründung) im Wesentlichen aus industriell vorgefertigten Metallelementen besteht, ist jedoch schlichtweg falsch. Die „industrielle Vorfertigung“ findet sich im Leistungsverzeichnis lediglich an einer einzigen Stelle, nämlich im Zusammenhang mit Baulängen. Das sind Industriearmaturen aus Metall zum Einbau in Rohrleitungen mit Flanschen, also Rohmaterial von untergeordneter Bedeutung. Darüber hinaus findet sich im Leistungsverzeichnis in keiner einzigen Position ein Hinweis, dass die Metallfassade aus industriell vorgefertigten Elementen bestehen könnte. Dies wäre auch gar nicht möglich, da die gegenständliche Metallfassade kein bereits vorgefertigtes Standardprodukt ist. Vielmehr handelt es sich um speziell auf das Bauwerk abgestimmte, eigens konstruierte und nach Aufmaß geplante Sonderfassadenelemente aus Aluminium, die in dieser Form und Dimensionierung nicht (wie beispielsweise Dachziegel aus Metall) am Markt erhältlich sind. Die Behauptung, dass die herzustellende Fassade (ausschließlich mit dem Hinweis auf Position 33.12 römisch fünf und 33.1290N Z des Leistungsverzeichnisses und ohne weitere Begründung) im Wesentlichen aus industriell vorgefertigten Metallelementen besteht, ist jedoch schlichtweg falsch. Die „industrielle Vorfertigung“ findet sich im Leistungsverzeichnis lediglich an einer einzigen Stelle, nämlich im Zusammenhang mit Baulängen. Das sind Industriearmaturen aus Metall zum Einbau in Rohrleitungen mit Flanschen, also Rohmaterial von untergeordneter Bedeutung. Darüber hinaus findet sich im Leistungsverzeichnis in keiner einzigen Position ein Hinweis, dass die Metallfassade aus industriell vorgefertigten Elementen bestehen könnte. Dies wäre auch gar nicht möglich, da die gegenständliche Metallfassade kein bereits vorgefertigtes Standardprodukt ist. Vielmehr handelt es sich um speziell auf das Bauwerk abgestimmte, eigens konstruierte und nach Aufmaß geplante Sonderfassadenelemente aus Aluminium, die in dieser Form und Dimensionierung nicht (wie beispielsweise Dachziegel aus Metall) am Markt erhältlich sind.

Die Formulierung in der Position 33.1290Z Z (Herstellen Musterfläche) des Leistungsverzeichnisses macht im Gegenteil völlig klar, dass es sich um noch individuell anzufertigende Metallelemente handelt:

„Eine Musterfläche mit 1x2m ist herzustellen wobei der gesamte Regelaufbau mit Halterungen und Verteiler, Windpapier, Einzelpunkthalter sowie Verkleidung mit Steckmetall darzustellen ist.“

(Hervorhebung durch den Zitierenden)

Würde die Metallfassade tatsächlich aus industriell vorgefertigten Metallelementen bestehen, dann wären entsprechende Musterflächen bereits vorhanden (dh „auf Lager“ und müssten nicht erst „hergestellt“ werden). Der hervorgehobene Teil dieser Position lässt damit klar erkennen, dass es sich um eine Fassadensonderanfertigung handelt. Die Herstellung einer solchen Sonderanfertigung aus Metall ist unter Berufung auf eine alleinige Dachdeckerbefugnis klar unzulässig. Hierfür bedarf es der Befugnisse des Spenglers und des Schlossers.

Vor diesem Hintergrund geht auch die in Punkt 2.3 des Rechtsgutachtens angeführte Argumentation unter Berufung auf „gewerberechtliche Nebenrechte“ gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO ins Leere, da diese Nebenrechte im konkreten Sachverhalt (Fassadensonderanfertigung aus Metall) die völlig unzureichende Befugnis des Dachdeckergewerbes nicht auszugleichen vermag. Gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO hat ein Gewerbetreibender nämlich nur das Recht, im geringen Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, welche die eigene Leistung sinnvoll ergänzen. Richtigerweise wird im Rechtsgutachten zugestanden, dass die Verbindung von Metallverkleidungen (Dächer oder Fassaden) mittels Lötens oder Verbrödelns eine dem Spengler vorbehaltene Tätigkeit ist. Die Metallfassade besteht – wie ausgeführt – jedoch nicht aus industriell vorgefertigten Metallelementen, sodass die Annahmen im Rechtsgutachten betreffend der Geringfügigkeit schlichtweg falsch sind. Die genannten Leistungen „im geringen Umfang“ beziehen sich im Rechtsgutachten nämlich bloß auf Positionen mit Schweißungen, richtigerweise hätten aber alle Leistungen des

Leistungsverzeichnisses im Zusammenhang mit der speziell anzufertigenden Metallfassade in die Berechnung miteinfließen müssen. In Anbetracht der zu erbringenden Leistungen, welche das Ausmaß des „geringen Umfangs“ (beispielsweise kann bei Leistungen von mehr als 13% von keinem geringen Umfang mehr gesprochen werden [VwGH 21.3.2011, 2009/04/0018], VwGH 21.3.2011, 2009/04/0018; VwGH 1.7.2010, 2007/04/0136) jedenfalls überschreiten, kommt die Nebenrechtsregelung gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO daher gegenständlich nicht zur Anwendung. Vor diesem Hintergrund geht auch die in Punkt 2.3 des Rechtsgutachtens angeführte Argumentation unter Berufung auf „gewerberechtliche Nebenrechte“ gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO ins Leere, da diese Nebenrechte im konkreten Sachverhalt (Fassadensonderanfertigung aus Metall) die völlig unzureichende Befugnis des Dachdeckergewerbes nicht auszugleichen vermag. Gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO hat ein Gewerbetreibender nämlich nur das Recht, im geringen Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, welche die eigene Leistung sinnvoll ergänzen. Richtigerweise wird im Rechtsgutachten zugestanden, dass die Verbindung von Metallverkleidungen (Dächer oder Fassaden) mittels Löten oder Verbrödeln eine dem Spengler vorbehaltene Tätigkeit ist. Die Metallfassade besteht – wie ausgeführt – jedoch nicht aus industriell vorgefertigten Metallelementen, sodass die Annahmen im Rechtsgutachten betreffend der Geringfügigkeit schlichtweg falsch sind. Die genannten Leistungen „im geringen Umfang“ beziehen sich im Rechtsgutachten nämlich bloß auf Positionen mit Schweißungen, richtigerweise hätten aber alle Leistungen des Leistungsverzeichnisses im Zusammenhang mit der speziell anzufertigenden Metallfassade in die Berechnung miteinfließen müssen. In Anbetracht der zu erbringenden Leistungen, welche das Ausmaß des „geringen Umfangs“ (beispielsweise kann bei Leistungen von mehr als 13% von keinem geringen Umfang mehr gesprochen werden [VwGH 21.3.2011, 2009/04/0018], VwGH 21.3.2011, 2009/04/0018; VwGH 1.7.2010, 2007/04/0136) jedenfalls überschreiten, kommt die Nebenrechtsregelung gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO daher gegenständlich nicht zur Anwendung.

Aus den oben angeführten Gründen ist damit auch die Schlussfolgerung des Rechtsgutachtens falsch, wonach eine Zuschlagsentscheidung bzw ein Zuschlag auf einen Bieter mit der alleinigen Dachdeckerbefugnis vergabekonform wäre. Wie aufgezeigt ist nach geltender Rechtslage aufgrund des speziellen Planungs- und Konstruktionsaufwandes sowie der erforderlichen (Vor-)Fertigung und Montage der Metallfassadenelemente für die Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen die Gewerbeberechtigung des Spenglers gemäß § 94 Z 64 GewO sowie des Schlossers gemäß § 94 Z 59 GewO zwingend erforderlich. Über diese verfügt weder der präsuntive Zuschlagsempfänger noch die B GmbH. Ein Zuschlag an diese würde daher einer befugnislosen Gewerbeausübung Vorschub leisten. Aus den oben angeführten Gründen ist damit auch die Schlussfolgerung des Rechtsgutachtens falsch, wonach eine Zuschlagsentscheidung bzw ein Zuschlag auf einen Bieter mit der alleinigen Dachdeckerbefugnis vergabekonform wäre. Wie aufgezeigt ist nach geltender Rechtslage aufgrund des speziellen Planungs- und Konstruktionsaufwandes sowie der erforderlichen (Vor-)Fertigung und Montage der Metallfassadenelemente für die Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen die Gewerbeberechtigung des Spenglers gemäß Paragraph 94, Ziffer 64, GewO sowie des Schlossers gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO zwingend erforderlich. Über diese verfügt weder der präsuntive Zuschlagsempfänger noch die B GmbH. Ein Zuschlag an diese würde daher einer befugnislosen Gewerbeausübung Vorschub leisten.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG und gemäß den bestandfesten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen muss die Eignung beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG sind Angebote von Bietern, deren Befugnis nicht gegeben ist, zwingend auszuschneiden. Das Fehlen der Befugnis wird von der Rechtsprechung völlig einhellig als unbehebbarer Mangel eingestuft (VwGH 10.12.2009, 2009/04/0250; VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203). Es steht demnach nicht in der Disposition des Auftraggebers, von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG und gemäß den bestandfesten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen muss die Eignung beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sind Angebote von Bietern, deren Befugnis nicht gegeben ist, zwingend auszuschneiden. Das Fehlen der Befugnis wird von der Rechtsprechung völlig einhellig als unbehebbarer Mangel eingestuft (VwGH 10.12.2009, 2009/04/0250; VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203). Es steht demnach nicht in der Disposition des Auftraggebers, von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen.

Ergebnis: Der präsuntive Zuschlagsempfänger (und auch die B GmbH) sind nicht geeignet, die gegenständlich ausgeschrieben Leistungen selbst durchzuführen, da diese bloß einen Befähigungsnachweis für das

Dachdeckergewerbe gemäß § 94 Abs Z 11 GewO erbringen, welcher für die ausgeschriebenen Leistungen jedoch unzureichend ist. Da die Eignung des präsuntiven Zuschlagsempfängers zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorlag, ist dieser zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden. Demgegenüber hat die Antragstellerin Gewerbeberechtigungen für die reglementierten Gewerbe des Spenglers gemäß § 94 Z 64 GewO sowie des Schlossers gemäß § 94 Z 59 GewO, sodass dieser nach dem zwingenden Ausschluss des präsuntiven Zuschlagsempfängers als zweitgereihter Bieterin der Zuschlag zu erteilen ist. Ergebnis: Der präsuntive Zuschlagsempfänger (und auch die B GmbH) sind nicht geeignet, die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen selbst durchzuführen, da diese bloß einen Befähigungsnachweis für das Dachdeckergewerbe gemäß Paragraph 94, Abs Ziffer 11, GewO erbringen, welcher für die ausgeschriebenen Leistungen jedoch unzureichend ist. Da die Eignung des präsuntiven Zuschlagsempfängers zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorlag, ist dieser zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden. Demgegenüber hat die Antragstellerin Gewerbeberechtigungen für die reglementierten Gewerbe des Spenglers gemäß Paragraph 94, Ziffer 64, GewO sowie des Schlossers gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO, sodass dieser nach dem zwingenden Ausschluss des präsuntiven Zuschlagsempfängers als zweitgereihter Bieterin der Zuschlag zu erteilen ist.

Beweis: - Einbringungsvertrag vom 29.5.2015, Beilage .H;

-

historischer Firmenbuchauszug der Firma B T e.U (FN XXX) vom 21.4.2016, Beilage .G; historischer Firmenbuchauszug der Firma B T e.U (FN römisch 30) vom 21.4.2016, Beilage .G;

-

Firmenbuchauszug der B GmbH vom 21.4.2016, Beilage .I/;

-

Rechtsgutachten vom 29.3.2016, Beilage .E/;

-

GISA-Auskunft der B GmbH vom 21.4.2016, Beilage .J/;

-

GISA-Auskunft der Antragstellerin vom 5.8.2015, Beilage .K/;

-

vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

10.3 Fehlende Referenzen des präsuntiven Zuschlagsempfängers

Die Ausschreibungsbestimmungen legen in Teil B1, Punkt 2.4.3 „Anforderungen an Referenzen“ Nachstehendes fest:

„Als technisch leistungsfähig werden nur Firmen anerkannt, welche folgende Referenzen über Metallfassaden in den letzten 5 Jahren ausgeführt nachweisen können [...]“

(Hervorhebungen durch den Zitierenden)

Wie in Punkt 10.2 dargestellt, mangelt es dem präsuntiven Zuschlagsempfänger (und der B GmbH) für die gegenständliche Leistungserbringung an der zwingend erforderlichen Befugnis als Spengler (§ 94 Z 64 GewO) bzw als Schlosser (§ 94 Z 59 GewO). Der präsuntive Zuschlagsempfänger kann daher mangels einschlägiger Befugnis auch keine gültigen Referenzen über Metallfassaden vorlegen, sodass zur Substitution der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit befugte Subunternehmer zu nennen gewesen wären. Ohne die Nennung notwendiger Subunternehmer liegt die technische Leistungsfähigkeit nicht vor. Dem Angebotsöffnungsprotokoll sind allerdings keine Subunternehmer zu entnehmen, sodass davon auszugehen ist, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger nur Referenzen seines eigenen Unternehmens genannt hat. Wie in Punkt 10.2 dargestellt, mangelt es dem präsuntiven Zuschlagsempfänger (und der B GmbH) für die gegenständliche Leistungserbringung an der zwingend erforderlichen Befugnis als Spengler (Paragraph 94, Ziffer 64, GewO) bzw als Schlosser (Paragraph 94, Ziffer 59, GewO). Der präsuntive Zuschlagsempfänger kann daher mangels einschlägiger Befugnis auch keine gültigen Referenzen über Metallfassaden vorlegen, sodass zur Substitution der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit befugte Subunternehmer zu nennen gewesen wären. Ohne die Nennung notwendiger Subunternehmer liegt die technische Leistungsfähigkeit nicht vor. Dem Angebotsöffnungsprotokoll sind allerdings keine Subunternehmer zu entnehmen, sodass davon auszugehen ist, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger nur Referenzen seines eigenen Unternehmens genannt hat.

Ergebnis: Der präsuntive Zuschlagsempfänger und auch die B GmbH sind als Dachdecker aus eigener Kraft rechtlich

nicht in der Lage, die erforderlichen „Referenzen über Metallfassaden“ nachzuweisen. Ein Subunternehmer ist spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich zu nennen. Fehlt diese Nennung, weist das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers einen nicht behebbaren Mangel auf, weshalb das Angebot auch aus diesem Grund zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden ist. Auch aus diesem Grund ist die Zuschlagsentscheidung des Antragsgegners für nichtig zu erklären.

Beweis: - vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

10.4 Mangelnde Personalausstattung bzw Arbeitskräftekapazität des präsumtiven

Zuschlagsempfängers

Punkt 2.4.4 „Personalausstattung bzw Arbeitskräftekapazität“ der Ausschreibungsbestimmungen Teil B.1 regelt wie folgt:

□

Zunächst stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger die Mitarbeiter des B T e.U. oder die der B GmbH herangezogen hat, um die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen. In der Annahme, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die Mitarbeiter der B T e.U. zum Nachweis benannt hat, liegt die Vermutung nahe, dass hierbei alle Mitarbeiter (wie beispielsweise auch Sekretariatskräfte) herangezogen wurden. Ungeachtet dessen, dass der Auftragsgeber in der Beilage .11 die Jahre 2011, 2012 und 2013 als die „letzten 3 Geschäftsjahre“ ansieht und die Geschäftsjahre 2014 und 2015 außer Acht lässt (was zwar inhaltlich falsch ist, aber bestandsfest geworden ist), kann der Nachweis auch in den Jahren 2011 bis 2013 nicht vom T e.U. erbracht worden sein, da es sich bei den „Personen“ nicht nur (wie in den Ausschreibungsunterlagen definiert) um geschäftsführende Organe, Dienstnehmer mit aufrechtem Dienstverhältnis oder freie Dienstnehmer handeln muss, sondern diese darüber hinaus auch „bei den ausgeschriebenen Arbeiten eingesetzt werden“ müssen, dh es muss sich um Facharbeiter im Bereich des Handwerks „Spengler“ bzw „Schlosser“ handeln. Über solches Personal verfügt der präsumtive Zuschlagsempfänger bzw die B GmbH jedoch weder aktuell noch verfügte er darüber in den Jahren 2011 bis 2013. Eine Nennung von Mitarbeitern, welche nicht „für die ausgeschriebenen Leistungen eingesetzt werden“ können (also zB Facharbeiter im Bereich des Handwerks „Dachdecker“ oder Bürokräfte), wäre wiederum nicht ausschreibungskonform und daher unzulässig.

Ergebnis: Die mit der Personalausstattung bzw Arbeitskräftekapazität im Zusammengang stehende erforderliche technische Leistungsfähigkeit ist beim präsumtiven Zuschlagsempfänger bzw bei der B GmbH ebenfalls nicht gegeben. Daher ist das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch aus diesem Grund zwingend auszuschneiden und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

10.5. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG zwingend aus dem Verfahren auszuschneiden ist, da der Zuschlag nicht an ein unbefugtes, technisch nicht leistungsfähiges und darüber hinaus nichtexistentes Unternehmen erteilt werden kann. Insbesondere erfüllt der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht die erforderlichen Eignungskriterien, da die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen – mangels Befugnis – nicht von diesem erbracht werden können bzw dürfen. Der ausgeschriebene Leistungsumfang darf nicht mit dem Gewerbe des Dachdeckers ausgeführt werden. Die Eignung des präsumtiven Zuschlagsempfängers lag zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vor. Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zwingend aus dem Verfahren auszuschneiden ist, da der Zuschlag nicht an ein unbefugtes, technisch nicht leistungsfähiges und darüber hinaus nichtexistentes Unternehmen erteilt werden kann. Insbesondere erfüllt der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht die erforderlichen Eignungskriterien, da die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen – mangels Befugnis – nicht von diesem erbracht werden können bzw dürfen. Der ausgeschriebene Leistungsumfang darf nicht mit dem Gewerbe des Dachdeckers ausgeführt werden. Die Eignung des präsumtiven Zuschlagsempfängers lag zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vor.

Die Vergabe des Auftrages an ein solches Unternehmen würde gegen fundamentale Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen. Eine vergaberechtskonforme Prüfung des Angebots hätte ergeben müssen, dass das Angebot nicht behebbare Mängel aufweist und daher zwingend auszuschneiden ist.

Aus all diesen Gründen stellt die Antragstellerin nachstehenden

ANTRAG AUF NICHTIGERKLÄRUNG:

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg möge im Vergabeverfahren „Metallfassade – Generalsanierung S H, W- u. W GmbH, L“ die angefochtene Zuschlagsentscheidung des Antragsgegners vom 14.4.2016, in der erklärt wird, dass beabsichtigt ist, B T e.U den Zuschlag zu erteilen, für nichtig erklären.

Darüber hinaus stellt die Antragstellerin nachstehende

WEITERE ANTRÄGE:

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg möge

?

das Angebot der Antragstellerin von der Akteneinsicht durch allfällige weitere Verfahrensparteien ausnehmen sowie auch die grau markierten Passagen sowie die grau markierten Beilagen dieses Schriftsatzes von der Akteneinsicht durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger und allfällige weitere Verfahrensparteien ausnehmen, da sie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin enthalten;

?

die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 5.700,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Rechtsvertreter der Antragstellerin zu ersetzen.

1.2. Gleichzeitig wurde beantragt, das Landesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung untersagen, den Zuschlag für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens zu erteilen.

2. Mit Beschluss vom 02.05.2016, LVWG-314a-2/2016-S1, hat das Landesverwaltungsgericht dem im obigen Punkt 1.2. erwähnten Antrag des Antragstellers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit Folge gegeben, als dem Auftraggeber untersagt wurde, im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes über den ebenfalls eingebrachten Antrag des Antragstellers auf Nichtigkeitserklärung den Zuschlag zu erteilen.

3. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach Punkt 1.1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.

Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger hat begründete Einwendungen erhoben.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, im Wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

4.2. Der Auftraggeber führt eine Generalsanierung des gegenständlichen Gebäudes durch. Zu diesem Zweck hat er den in Rede stehenden Bauauftrag (Herstellung einer Metallfassade) ausgeschrieben.

4.3. Die hier maßgeblichen Positionsnummern des Leistungsverzeichnisses lauten wie folgt:

„01.1201G Z Ausführungsplanung/Werkplanung/Statik AN

Ausführungsplanung (Werkplanung) seitens Auftragnehmer:

Anhand der Planungsunterlagen hat der AN sofort nach Auftragserteilung die gesamte Leistung durchzuarbeiten und die Ausführungszeichnungen/ Werkszeichnungen/ Werkpläne zu erstellen. Diese Unterlagen haben alle Angaben zu enthalten, die zur fachtechnischen Prüfung und zur Beurteilung der Übereinstimmung mit LV und Projektierung erforderlich sind.

Im Pauschalpreis einzukalkulieren:

-

Besprechungen laut Erfordernis mit dem Auftraggeber, insbesondere zur Festlegung der Detailausbildungen und der Anforderungen an die ausgeschriebenen Leistungen sowie zur Festlegung aller gestalterisch relevanten Leistungen.

-

Erstellen der Ausführungspläne:

Plandarstellung Estrichtrennfugen, Anschlussfugen und dgl. seitens AN für die ausgeschriebenen Leistungen anhand der Planmaße (auf Basis der vom AG bereitgestellten Planunterlagen) und Übergabe an den AG in prüfbarer Form, rechtzeitig vor Arbeitsbeginn.

-

Statische Berechnungen durch eine staatlich befugten und beeideten Ziviltechniker für alle maßgeblichen Bauteile. Abrechnung erfolgt als Pauschale.

L.....,...

S.....,...

1,00 PA EP PP.....

.....

33.12 V33.12 römisch fünf

Alu-Fassade auf Alu-Unterkonstruktion

Begriffsbestimmung:

Vorgehängte, hinterlüftete Fassaden:

Gesamtsystem aus Unterkonstruktion, Verankerungs-, Verbindungs- und Befestigungselementen, Hinterlüftungsspalt und Außenschicht.

Wärmegeämmte, hinterlüftete Fassaden:

Vorgehängte, hinterlüftete Fassaden mit zusätzlicher Wärmedämmung durch nicht brennbare Wärmedämmstoffe, die systemkonform an der Außenwand verankert werden.

Werkstoff-Kurzbezeichnung:

In der Folge wird für Werkstoffe aus Aluminium und für Aluminium-Legierungen der Begriff Aluminium (Alu) verwendet.

Systemanforderungen:

Ausgeführt wird ein Fassadensystem, bestehend aus einer Unterkonstruktion aus Aluminium, einer Wärmedämmschicht aus gebundener Mineralwolle MW-WF und einer Außenschicht aus 2 mm dicken stranggepressten Aluminium-Profilen, oder aus profilierten oder abgekanteten Aluminiumblechen. Die Elemente der Außenschicht werden mittels angeformten Einhängeprofilen zu einer durchgehenden strukturierten Außenschicht verbunden werden. Die Baulängen werden entsprechend den Ausführungsangaben (Plänen) des Auftraggebers bis zur technisch möglichen Gesamtlänge (mindestens 6 m) industriell vorgefertigt geliefert.

Das Gesamtsystem ist durch den Auftragnehmer entsprechend den bekannt gegebenen örtlichen und baulichen Gegebenheiten statisch und bauphysikalisch bemessen.

Brandverhalten der Gesamtkonstruktion:

Das Brandverhalten der Gesamtkonstruktion entspricht mindestens der Klasse B-d1 (für Gebäude mit mehr als drei Geschoßen geeignet).

.....

33.1290 Z

Wärmegeämmte, hinterlüftete, offene Fassade aus Streckmetall Aluminium-Blech, natureloxiert, auf Alu-Unterkonstruktion, verdeckt mechanisch befestigt, Wärmedämmung aus MW-WF. Die Dämmstoffdicke ist im Positionsstichwort angegeben.

Planbeilagen 886.4.33.001 bis 886.4.33.017.

33.1290A Z

Unterkonstruktion Regelfall

Unterkonstruktion Regelfall laut Plan bestehend aus:

- Unterkonstruktion wärmebrückenfrei (2schalig) bis 240mm Vorderkante UK.
- Liefern und Montieren einer normgerechten, wärmebrückenfreien Unterkonstruktion.
- Fassadenunterkonstruktion muss gefluchtet sein. Die Unterkonstruktion ist aus Aluminium

Strangpressprofilen Material EN AW 6060 T66 GFK Materialien; Die Profiltypen und Materialstärken sowie die notwendige Anzahl der Befestigungen am Mauerwerk ergeben sich anhand der statischen Berechnungen.

- Wärmedurchgang geprüft lt. EMPA Prüfbericht 456`525.

- Sämtliche Verbindungen sind aus Edelstahl herzustellen. Die Krafteinleitung in den Baukörper erfolgt mittels Distanzhalter einer Auflagerhöhe von mind. 80mm. Die Distanzhalter müssen Baulöcher von bis zu 40mm aufnehmen können. Die Befestigung der Distanzhalter im Untergrund erfolgt nur mit zugelassenen Befestigungsmitteln nach statischem Erfordernis. Die Standsicherheit ist mittels einer prüffähigen Statik nachzuweisen. Die Unterkonstruktion ist geschossweise zu trennen. Es ist darauf zu achten, dass die Unterbrechung mit den Horizontalfugen übereinstimmt. Für eine ausreichende Dehnungsmöglichkeit der Profile ist durch Anordnung von Fest- und Gleitpunkten zu achten.

- Die vertikalen Tragprofile aus Aluminium sind auf die Befestigungsabstände der Fassadenbekleidung bzw. die Objektstatik auszulegen.

- Grundsystem: Distanzhalter wärmebrückenfrei, FDT Economica oder Gleichwertiges (Ausführung und Statik exakt nach den Vorgaben des Herstellers) mit vertikalen L- Profilen aus Alu nach statischem Erfordernis, mindestens jedoch 3mm stark

Angebotenes Produkt:

- Aufbausystem: Einzelpunkthalterungen, diese werden in der Position 33.1290N abgegolten.

L

S“

970,00 m² EP PP

33.1290B Z

Unterkonstruktion Bereich Fenster durchlaufend

Unterkonstruktion Bereich Fenster durchlaufend laut Plan 886.4.33.015 bis 886.4.33.17 bestehend aus:

- Umlaufender Stahlrahmen aus Hohlprofilen laut statischem Erfordernis, maximale Bautiefe 100mm, Höhe ca. 60mm, Wandstärke nach statischem Erfordernis. Befestigung an der Stahlbetonwand mit Hohlprofilen mit gleicher Dimension, im Bereich der erforderlichen Kopfplatten sind geeignete Kunststofflager vollflächig zu unterlegen. T- Profil laut statischem Erfordernis, mindesten jedoch b/h/t/s 60/100/10/10mm mit Befestigungen laut Plan in den umlaufenden Rahmen eingeschweisst, Achsabstand ca. 50cm je nach Einbauplatz. Im Einheitspreis zu berücksichtigen sind das Anpassen der Dämmungen unterhalb der bauseitigen Fensterbänke sowie die Abdeckung der horizontalen Stahlrahmenteile mit Alublechen mit einer Stärke von 3mm und 2 Abkantungen. Außerdem sind die dicht verklebten Anschlüsse an die Druckstöße durch das Windpapier zu berücksichtigen.

- Alle Schweissungen allseitig durchlaufend.

- Einteilung und Geometrie laut Plan.

- Beschichtung der Rahmenteile und der Blechabdeckungen 1x grundiert und 2x deckbeschichtet in schwarz matt.

- Die Vorbereitung der Konstruktion zur Aufnahme der Einzelpunkthalterungen ist im Einheitspreis zu berücksichtigen.

Abgerechnet wird die tatsächliche Fensterfläche ohne jeden Zuschlag für die Konstruktionsüberstände.

L

S.....,...

60,00 m² EP.....,PP.....,...

33.1290C Z

Unterkonstruktion Bereich Fenster auskragend

Unterkonstruktion Bereich Fenster auskragend laut Plan 886.4.33.012 bis 886.4.33.14 bestehend aus:

- Umlaufender Stahlrahmen aus Hohlprofilen laut statischem Erfordernis, maximale Bautiefe 100mm, Höhe ca. 60mm, Wandstärke nach statischem Erfordernis. Befestigung an der Stahlbetonwand mit Hohlprofilen mit gleicher Dimension, im Bereich der erforderlichen Kopfplatten sind geeignete Kunststofflager vollflächig zu unterlegen. T- Profil laut statischem Erfordernis, mindesten jedoch b/h/t/s 60/100/10/10mm mit Befestigungen laut Plan in den umlaufenden Rahmen eingeschweisst, Achsabstand ca. 50cm je nach Einbauort. Im Einheitspreis zu berücksichtigen sind das Anpassen der Dämmungen unterhalb der bauseitigen Fensterbänke sowie die Abdeckung der horizontalen Stahlrahmentteile mit Alublechen mit einer Stärke von 3mm und 2 Abkantungen. Außerdem sind die dicht verklebten Anschlüsse an die Druchstöße durch das Windpapier zu berücksichtigen.

-Alle Schweissungen allseitig durchlaufend.

-

Einteilung und Geometrie laut Plan.

-

Beschichtung der Rahmentteile und der Blechabdeckungen 1x grundiert und 2x deckbeschichtet in schwarz matt.

-

Die Vorbereitung der Konstruktion zur Aufnahme der Einzelpunkthalterungen ist im inheitspreis zuberücksichtigen. Abgerechnet wird die tatsächliche Fensterfläche ohne jeden Zuschlag für die Konstruktionsüberstände.

L.....,...

S.....,...

25,00 m² EP.....,PP.....,...

.....

33.1290N Z

Streckmetallverkleidung Regelfall

Streckmetallverkleidung im gesamten Bereich der Unterkonstruktionen mit Einzelpunkthalterungen genietet bestehend aus:

- Einzelhalterungen aus Aluminium laut Plan nach statischem Erfordernis, mindestens jedoch 5mm stark und im Raster von 500/500mm. Elemente fachgerecht gebogen und gestanzt zur Aufnahme des Streckmetalls. Anordnung nach den Erfordernissen des Objekts und der Geometrie der Fassade; Farbe schwarz, fachgerecht beschichtet.

- Streckmetall mit einer Stärke von 3mm, Maschenweite 122x50x17mm aus Aluminium natureloxiert (freier Querschnitt 34%), Kanten allseitig gesägt. Abstand zwischen den Platten maximal 5mm, wobei auf eine exakt durchlaufende Textur der Maschen zu achten ist.

- Befestigung auf Einzelhalterungen durch fachgerechtes Setzen von zugelassenen Nieten. Farbton der Nietenfarbe RAL WEISSALUMINIUM.

Die Geometrie der Fassadenelemente sowie die erforderlichen Anschlüsse sind in den beiliegenden Plänen ersichtlich.

L.....,...

S.....,...

1.055,00 m² EP.....,PP.....,...

Das Leistungsverzeichnis ist insofern unvollständig, als der Auftraggeber eine bündige Fassade ausschreiben wollte.

Hiefür ist im Bereich der Fensterüberbauungen eine Zusatzkonstruktion in Form von 100 mm hohen Z-Profilen notwendig. Diese Zusatzkonstruktion ist vom Leistungsverzeichnis versehentlich nicht umfasst gewesen. Die zusätzlich erforderliche Zusatzkonstruktion geht über die Festlegung in der Positionsnummer 33.1290A („... bis 240 mm Vorderkante UK“) hinaus, da dafür eine „Aufdoppelung“ auf die „Unterkonstruktion Regelfall“ von bis zu 100 mm erforderlich ist.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger produziert die Streckmetallfassade samt Unterkonstruktion nicht selbst, sondern bedient sich hiezu eines Zulieferers.

4.4. Bei dem präsumtiven Zuschlagsempfänger handelt es sich um die B-GmbH in W, F-Straße 14. Diese Gesellschaft wurde unter dieser Firma am 28.4.2015 ins Firmenbuch eingetragen. Handelsrechtlicher Geschäftsführer und Alleingesellschafter dieser GmbH ist Herr T B (Familiennamen gleich wie der Name der GmbH).

Herr T B war ursprünglich Inhaber der Firma T B e.U. (Familiennamen gleich wie der Name der GmbH), in W, F-Straße 14. Mit Einbringungsvertrag vom 29.05.2015 wurde der gesamte Betrieb des protokollierten Einzelunternehmens in die B-GmbH zum ausschließlichen Zweck der Fortführung dieses Betriebes eingebracht. Laut Punkt IV.6. des Einbringungsvertrages ist die Berechtigung zur weiteren Gewerbeausübung auf die B-GmbH übergegangen. Es handelt sich hierbei um das „Dachdeckergewerbe“. Am 10.06.2015 wurde die T B e.U. gelöscht. Herr T B war ursprünglich Inhaber der Firma T B e.U. (Familiennamen gleich wie der Name der GmbH), in W, F-Straße 14. Mit Einbringungsvertrag vom 29.05.2015 wurde der gesamte Betrieb des protokollierten Einzelunternehmens in die B-GmbH zum ausschließlichen Zweck der Fortführung dieses Betriebes eingebracht. Laut Punkt römisch vier.6. des Einbringungsvertrages ist die Berechtigung zur weiteren Gewerbeausübung auf die B-GmbH übergegangen. Es handelt sich hierbei um das „Dachdeckergewerbe“. Am 10.06.2015 wurde die T B e.U. gelöscht.

4.5. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat in einem Begleitschreiben zu seinem Angebot ua darauf hingewiesen, dass er ein Nachtragsangebot hinsichtlich im Leistungsverzeichnis fehlend beschriebener Leistungen gelegt habe. Dieses Nachtragsangebot war dem Angebot beigeschlossen.

4.6. Bis zum Ende der Angebotsfrist (08.03.2016, 09.00 Uhr) wurden vier Angebote abgegeben.

In der Niederschrift über die Öffnung der Angebote ist ua festgehalten, dass die T B e.U., in W, F-Straße 14, ein Angebot zu einem Gesamtpreis von 247.018,91 Euro ohne MWSt gelegt habe. Weiters ist angeführt, dass dieses Angebot ua ein Begleitschreiben und ein Zusatzangebot umfasst habe. Aus dem diesbezüglichen Angebot ergibt sich aber zweifelsfrei, dass das Angebot tatsächlich von der B-GmbH gelegt worden ist (vgl. die Angaben in der Rubrik „Firma und Adresse des Bieters“ auf Seite 2 der Angebotsdeckblätter, Teil B.0 der Ausschreibungsunterlagen, und den an mehreren Stellen im Angebot angebrachten Firmenstempel). In der Niederschrift über die Öffnung der Angebote ist ua festgehalten, dass die T B e.U., in W, F-Straße 14, ein Angebot zu einem Gesamtpreis von 247.018,91 Euro ohne MWSt gelegt habe. Weiters ist angeführt, dass dieses Angebot ua ein Begleitschreiben und ein Zusatzangebot umfasst habe. Aus dem diesbezüglichen Angebot ergibt sich aber zweifelsfrei, dass das Angebot tatsächlich von der B-GmbH gelegt worden ist vergleiche die Angaben in der Rubrik „Firma und Adresse des Bieters“ auf Seite 2 der Angebotsdeckblätter, Teil B.0 der Ausschreibungsunterlagen, und den an mehreren Stellen im Angebot angebrachten Firmenstempel).

In der erwähnten Niederschrift wird weiters ausgeführt, dass der Antragsteller ein Angebot zu einem Gesamtpreis von 289.322,75 Euro ohne MWSt abgegeben habe.

Die Angebote der zwei weiteren Bieter lagen preislich über den oben angeführten Angeboten.

Die Firma B-GmbH hat ein (einziges) Angebot abgegeben. Die Firma T B e.U. hat kein Angebot abgegeben.

4.7. Der Auftraggeber teilte dem Antragsteller mit E-Mail vom 14.04.2016 mit, es sei beabsichtigt, den Zuschlag an die Firma T B e.U., in W, zu erteilen.

5.1. Das Land Vorarlberg ist ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006). 5.1. Das Land Vorarlberg ist ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006).

Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Art 14b Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen

Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes.

Der gegenständliche Auftrag ist ein Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der gegenständliche Auftrag ist auf Grund des Auftragswertes des Gesamtvorhabens unbestrittenermaßen dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Das Landesverwaltungsgericht ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages sachlich und örtlich zuständig.

5.2. Gemäß § 3 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er 5.2. Gemäß Paragraph 3, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er

a) ein Interesse an einem dem Bundesvergabegesetz oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrag hat oder hatte, und

b) durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden erleidet oder zu erleiden droht.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist „Sache“ des Nachprüfungsverfahrens immer die Prüfung der Frage, ob der Antragsteller durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers in Rechten verletzt worden ist. Eine Rechtsverletzung durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers liegt nur dann vor, wenn der betreffende Bieter bei rechtskonformer Entscheidung eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte (VwGH 2005/04/0214).

Voraussetzung für die Stellung eines Nachprüfungsantrages und damit für die begehrte Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung ist, dass der behauptete Schaden eintreten kann. Ist das Angebot des Antragstellers auszuschneiden und kommt dieses daher für die Zuschlagsentscheidung nicht in Frage, kann der behauptete Schaden nicht eintreten und steht der inhaltlichen Behandlung des Antrages das Fehlen einer notwendigen Antragsvoraussetzung entgegen (VwGH 2003/04/0039 und 2004/04/0030).

Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rs C-100/12, Fastweb SpA, ausgeführt, dass die Vergabekontrollbehörde auch festzustellen habe, ob das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot zu Unrecht nicht ausgeschieden wurde. Bejahendenfalls gesteht der EuGH einem Bieter, der ein auszuschneidendes Angebot gelegt hat, Antragslegitimation zu.

Im vorliegenden Fall hat der Antragsteller – wie sich aus dem nachfolgenden Punkt 6. ergibt – ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, weil er in der Positionsnummer 33.1290A nicht ausgeschriebene Z-Profile angeboten hat; er wäre daher auszuschneiden gewesen. Dennoch war die Antragslegitimation zu bejahen; wenn nämlich der Antragsteller mit seinem Nachprüfungsantrag durchdringt, kann ein Widerruf nicht ausgeschlossen werden. Letzteres selbst dann nicht, wenn noch andere Bieter am Vergabeverfahren teilgenommen haben, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten auch die anderen Angebote erfassen und deshalb ein Widerrufsgrund gegeben ist (vgl. EuGH Rs C-689/13, Airgest SpA, und BVwG 25.04.2016, ZI W123 2122272-1/34E). Im vorliegenden Fall hat der Antragsteller – wie sich aus dem nachfolgenden Punkt 6. ergibt – ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, weil er in der Positionsnummer 33.1290A nicht ausgeschriebene Z-Profile angeboten hat; er wäre daher auszuschneiden gewesen. Dennoch war die Antragslegitimation zu bejahen; wenn nämlich der Antragsteller mit seinem Nachprüfungsantrag durchdringt, kann ein Widerruf nicht ausgeschlossen werden. Letzteres selbst dann nicht, wenn noch andere Bieter am Vergabeverfahren teilgenommen haben, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten auch die anderen Angebote erfassen und deshalb ein Widerrufsgrund gegeben ist vergleiche EuGH Rs C-689/13, Airgest SpA, und BVwG 25.04.2016, ZI W123 2122272-1/34E).

6.1. Gemäß § 106 Abs 1 BVergG 2006 hat der Bieter sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. 6.1. Gemäß Paragraph 106, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Bieter sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

6.2. Der Antragsteller hat vorgebracht, das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei unvollständig und weiche von den Ausschreibungsunterlagen ab, da die im Bereich der Fensterüberbauungen notwendige

Zusatzkonstruktion in Form von 100 mm hohen Z-Profilkonstruktionen in deren Angebot nicht berücksichtigt worden sei. Er selbst habe diese Zusatzkonstruktion in seinem Angebot anteilig in der „Positionsnummer 33.1290A“ miteingerechnet. Aus den der Ausschreibung beigelegten Plänen ergebe sich eindeutig, dass eine Zusatzkonstruktion notwendig sei, um eine vertikale und horizontale Ausfluchtung der Fassade und eine ebenflächige Streckmetallverkleidung gewährleisten zu können.

Der Auftraggeber hat dem entgegengehalten, dass die Zusatzkonstruktion vom Leistungsverzeichnis versehentlich nicht umfasst gewesen sei. Die zusätzlich erforderliche Zusatzkonstruktion gehe über die Festlegung in der Positionsnummer 33.1290A („.... bis 240 mm Vorderkante UK“) hinaus, da dafür eine „Aufdoppelung“ auf die „Unterkonstruktion Regelfall“ von bis zu 100 mm erforderlich sei. Die Ausschreibung sei ohne diese Zusatzkonstruktion bestandsfest geworden, sodass diese Zusatzkonstruktion vom Leistungsverzeichnis nicht umfasst gewesen sei.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat die Ausführungen des Auftraggebers bestätigt und dargelegt, dass er diese Zusatzkonstruktion deshalb nicht (im Hauptangebot) angeboten habe, da diese laut Ausschreibung nicht anzubieten gewesen sei. Er habe aber den Auftraggeber in einem Begleitschreiben zu seinem Angebot auf das Fehlen dieser Zusatzkonstruktion aufmerksam gemacht und diese Zusatzkonstruktion in einem Nachtragsangebot angeboten.

Es ist daher entscheidend, ob diese Zusatzkonstruktion laut Ausschreibung tatsächlich anzubieten war, was aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere dem eingeholten Gutachten der hochbautechnischen Sachverständigen zu verneinen ist.

Wie sich aus der im Sachverhalt wiedergegebenen diesbezüglichen Positionsnummer 33.1290A („Unterkonstruktion Regelfall“) ergibt, war eine Unterkonstruktion bis 240 mm Vorderkante UK laut Plan zu liefern und zu montieren. Es war nunmehr im Sinne der §§ 914 und 915 ABGB zu prüfen, wie ein objektiver Erklärungsempfänger diese Positionsnummer zu verstehen hatte. Wie sich aus der im Sachverhalt wiedergegebenen diesbezüglichen Positionsnummer 33.1290A („Unterkonstruktion Regelfall“) ergibt, war eine Unterkonstruktion bis 240 mm Vorderkante UK laut Plan zu liefern und zu montieren. Es war nunmehr im Sinne der Paragraphen 914 und 915 ABGB zu prüfen, wie ein objektiver Erklärungsempfänger diese Positionsnummer zu verstehen hatte.

Die Sachverständige hat dazu ausgeführt, in den Plänen seien Z-Profile dargestellt, die im Bereich Fenster (durchlaufend und auskragend) auf die „Unterkonstruktion Regelfall“ aufgebaut seien. Diese Z-Profile würden die Distanz zwischen der „Unterkonstruktion Regelfall“ zur Streckmetallebene ausgleichen, um das architektonische Erscheinungsbild – die Bildung einer durchgehend glatten Oberfläche – zu gewährleisten. Ohne die Anbringung dieser Z-Profile könnte die Fassade zwar erstellt werden, sie würde aber nicht bündig sein und damit dem Gestaltungsbild gemäß den Plänen nicht entsprechen. In der Leistungsbeschreibung seien diese Z-Profile in keinem der Positionstexte beschrieben. Insofern fehle im Text der Leistungsbeschreibung etwas im Verhältnis zu den Ausführungsplänen. Nachdem es sich bei den Z-Profilen um eine eigene Unterkonstruktion handle, wären diese in einer eigenen Position, die auf der Position „Unterkonstruktion Regelfall“ aufbaut, anzubieten gewesen.

Das Landesverwaltungsgericht folgt diesen schlüssigen Ausführungen der hochbautechnischen Sachverständigen und gelangt zur Auffassung, dass das gegenständliche Leistungsverzeichnis diese Zusatz-Unterkonstruktion, bestehend aus Z-Profilen, nicht umfasste. An dieser Beurteilung vermag auch der in der Positionsnummer 33.1290A enthaltene Hinweis auf die Pläne nichts zu ändern. Es handelt sich hier nämlich nur um einen generellen Hinweis, der die in dieser Positionsnummer ausdrücklich vorgeschriebene Länge der Profile von „bis 240 mm“ nicht zu entkräften vermochte. Bei diesem Ergebnis geht daher auch das Vorbringen des Antragstellers ins Leere, wonach in den Plänen diese Z-Profile dargestellt seien. Abgesehen davon ist ihm hier die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten, wonach bei einer Diskrepanz zwischen der verbalen Beschreibung und der zeichnerischen Darstellung die verbale Beschreibung maßgeblich ist (vgl. VwGH 2003/06/0011, 93/05/0166 und 83/06/0246, jeweils betreffend eine Baubewilligung). Das Landesverwaltungsgericht folgt diesen schlüssigen Ausführungen der hochbautechnischen Sachverständigen und gelangt zur Auffassung, dass das gegenständliche Leistungsverzeichnis diese Zusatz-Unterkonstruktion, bestehend aus Z-Profilen, nicht umfasste. An dieser Beurteilung vermag auch der in der Positionsnummer 33.1290A enthaltene Hinweis auf die Pläne nichts zu ändern. Es handelt sich hier nämlich nur um einen generellen Hinweis, der die in dieser Positionsnummer ausdrücklich vorgeschriebene Länge der Profile von „bis 240 mm“ nicht zu entkräften vermochte. Bei diesem Ergebnis geht daher auch das Vorbringen des Antragstellers ins Leere, wonach in den Plänen diese Z-Profile dargestellt seien. Abgesehen davon ist ihm hier die Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten, wonach bei einer Diskrepanz zwischen der verbalen Beschreibung und der zeichnerischen Darstellung die verbale Beschreibung maßgeblich ist (vergleiche VwGH 2003/06/0011, 93/05/0166 und 83/06/0246, jeweils betreffend eine Baubewilligung).

Der Antragsteller hat darauf hingewiesen, dass sich aus verschiedenen Formulierungen im Ausschreibungstext ergebe, dass die Ausschreibung die Z-Profile umfasste habe. So sei in der Positionsnummer 33.1290A verlangt, dass die Fassadenunterkonstruktion „gefluchtet“ sein müsse. Hier ist auf die gutachtlichen Ausführungen der beigezogenen Amtssachverständigen hinzuweisen, wonach es sich bei der Fassade ohne die Z-Profile zwar nicht um eine bündige, aber dennoch um eine fluchtende handle, da die Ebenen untereinander parallel verlaufen würden.

Der Hinweis des Antragstellers, bei der in Rede stehenden Positionsnummer werde nur deshalb von 240 mm gesprochen, weil es sich dabei um die proportional größte Fläche der Gesamtfassade handle, ist für das Landesverwaltungsgericht nicht nachvollziehbar. Dies deshalb, weil sich diese einschränkende Auslegung aus der Positionsnummer selbst nicht ergibt.

Dem weiteren Einwand des Antragstellers, in der Positionsnummer 33.1290A sei festgehalten, dass die vertikalen Tragprofile aus Aluminium auf die Befestigungsabstände der Fassadenbekleidung bzw. die Objektstatik auszulegen sei, sind die Ausführungen des vom Auftraggeber beauftragten Planers entgegenzuhalten, wonach hier lediglich die Statik gemeint sei.

Ins Leere geht auch das Argument betreffend die im Leistungsverzeichnis enthaltene Formulierung betreffend die „Einteilung und Geometrie laut Plan“. Einerseits ist diese Formulierung nicht in der hier relevanten Positionsnummer 33.1290A enthalten, andererseits hat der Planer nachvollziehbar dargetan, dass hier die Platteneinteilung gemeint war.

Dem Einwand des Antragstellers, dass dem Auftraggeber nur die Absicht unterstellt werden könne, dass er ein zur Erfüllung des Ausschreibungsgegenstandes vollständiges Leistungsverzeichnis erstellt habe, sind die Ausführungen des Auftraggebers entgegenzuhalten, wonach die Zusatzposition betreffend die Z-Profile versehentlich nicht im Leistungsverzeichnis aufgenommen worden sei.

Schließlich ist auch die Auffassung des Antragstellers unzutreffend, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger dadurch bewusst gegen seine Eigenerklärung (wonach die Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen vollständig beschrieben seien, um ein einwandfreies Angebot erstellen zu können) und gegen die Bietererklärung laut Punkt 1.21 des Teiles B.1 der Ausschreibungsbestimmungen (wonach die Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen vollständig beschrieben seien und auch keine Teilleistung fehlen würde) verstoßen habe, indem er in seinem Nachtragsangebot im Leistungsverzeichnis fehlende Leistungen angeboten habe. Dies deshalb, da der präsumtive Zuschlagsempfänger in einem Beiblatt zum Angebot ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass im Leistungsverzeichnis Leistungen fehlen würden und er diese in einem Nachtragsangebot angeboten habe.

Insgesamt war somit der objektive Erklärungswert der Ausschreibung dahingehend zu verstehen, dass die zusätzlichen Z-Profile nicht anzubieten waren. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat somit den diesbezüglichen Ausschreibungsbestimmungen entsprochen. Damit ergibt sich, dass das Angebot des Antragstellers nicht ausschreibungskonform war.

6.3. Gemäß § 139 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. 6.3. Gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Die Frage, ob ein zwingender Grund für den Widerruf einer Ausschreibung vorliegt, ist ausschließlich nach objektiven Kriterien zu lösen (VwGH 2001/04/0106). Für die Prüfung der Frage, ob ein schwerwiegender Grund besteht, der den Widerruf sachlich rechtfertigt, ist entscheidend, ob dieser Grund in der konkreten Situation von einem solchen Gewicht ist, dass ein besonnener Auftraggeber versucht wäre, von der Fortführung des Vergabeverfahrens abzusehen (VwGH 2006/04/0011).

Ungeachtet der unter obigem Punkt 6.2. getätigten Ausführungen stellt sich die Frage, ob der Auftraggeber allenfalls verpflichtet gewesen wäre, die Ausschreibung zu widerrufen, da im Leistungsverzeichnis eine notwendige Position gefehlt hat.

Im vorliegenden Fall ist nunmehr von Bedeutung, dass sich der Auftragswert bei Berücksichtigung der Zusatzkonstruktion (Z-Profile) nicht einmal um 10 % erhöhen würde (OGH 17.12.2001, 1 Ob 284/01y und BVA 03.02.2003, 12N-58/02-38). Weiters ist das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers selbst unter Berücksichtigung des Nachtragsangebotes betreffend die Z-Profile günstiger als das Angebot des Antragstellers, sodass es selbst bei Berücksichtigung des Nachtragsangebotes zu keinem Bietersturz kommen würde. Schließlich ist durch die Vorlage des Nachtragsangebotes sichergestellt, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die Leistung nicht nur erbringen wird, sondern dies auch zu einem im Vorhinein festgelegten Preis.

Insgesamt gelangt das Landesverwaltungsgericht daher zur Auffassung, dass für den Auftraggeber kein zwingender Widerrufsgrund vorgelegen ist, weshalb die Zuschlagsentscheidung aus diesem Grund nicht für nichtig zu erklären ist.

7. Gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekanntzugeben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. 7. Gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins,, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekanntzugeben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

Gemäß § 2 Z 13 BVergG 2006 ist Bieter ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmen, der ein Angebot eingereicht hat. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 13, BVergG 2006 ist Bieter ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmen, der ein Angebot eingereicht hat.

Gemäß § 2 Z 5 BVergG 2006 ist Angebotshauptteil jener Angebotsbestandteil, der ua (lit a) die Angabe des Namens (Firma, Geschäftsbezeichnung) und des Geschäftssitzes des Bieters enthalten muss. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 5, BVergG 2006 ist Angebotshauptteil jener Angebotsbestandteil, der ua (Litera a,) die Angabe des Namens (Firma, Geschäftsbezeichnung) und des Geschäftssitzes des Bieters enthalten muss.

Gemäß § 108 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 muss jedes Angebot insbesondere den Namen (Firma, Geschäftsbezeichnung) und den Geschäftssitz des Bieters enthalten. Gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 muss jedes Angebot insbesondere den Namen (Firma, Geschäftsbezeichnung) und den Geschäftssitz des Bieters enthalten.

Gemäß § 118 Abs 4 BVergG 2006 sind die geöffneten Angebote in der Reihenfolge, in der sie in das Eingangsverzeichnis eingetragen wurden, mit fortlaufenden Nummern zu versehen. Gemäß Paragraph 118, Absatz 4, BVergG 2006 sind die geöffneten Angebote in der Reihenfolge, in der sie in das Eingangsverzeichnis eingetragen wurden, mit fortlaufenden Nummern zu versehen.

Gemäß § 118 Abs 5 Z 1 BVergG 2006 sind aus den Angeboten – auch Alternativ- und Abänderungsangebote – Name und Geschäftssitz des Bieters vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten. Gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG 2006 sind aus den Angeboten – auch Alternativ- und Abänderungsangebote – Name und Geschäftssitz des Bieters vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten.

Das Landesverwaltungsgericht kann vor dem Hintergrund des im Sachverhalt beschriebenen Vorganges die vom Antragsteller vertretene Auffassung, der Zuschlag solle gemäß der Zuschlagsentscheidung auf die T B e.U. und somit auf eine nicht existente Firma erfolgen, nicht teilen.

Aus § 118 Abs 4 und 5 BVergG 2006 ergibt sich, dass nur jene Angebote vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten sind, die auch eingelangt sind. Aus Paragraph 118, Absatz 4 und 5 BVergG 2006 ergibt sich, dass nur jene Angebote vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten sind, die auch eingelangt sind.

Tatsächlich ist nur ein Angebot der B-GmbH (und kein Angebot der T.B. e.U.) beim Auftraggeber eingelangt. Bei der Angebotsöffnung ist auch dieses Angebot der B-GmbH verlesen worden. So hat der bei der Angebotsöffnung anwesende handelsrechtliche Geschäftsführer der B-GmbH anlässlich der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass der Name „B-GmbH“ verlesen worden sei. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe war die Firma T.B. e.U. bereits gelöscht, wobei zuvor der gesamte Betrieb des Einzelunternehmens aufgrund eines Einbringungsvertrages vom 29.05.2015 in die B-GmbH eingebracht worden ist. Lediglich aufgrund eines Versehens ist nunmehr im Angebotsöffnungsprotokoll (wie auch im Angebotseingangsprotokoll und in der Zuschlagsentscheidung) der Name des Einzelunternehmens festgehalten worden, da laut Auskunft des Auftraggebers im Aktenverwaltungsprogramm das Einzelunternehmen hinterlegt gewesen und noch nicht auf die GmbH aktualisiert worden ist, wobei der Namen im Angebotsöffnungsprotokoll im Sekretariat vorbereitet worden sei.

Dass es sich nunmehr tatsächlich um das Angebot der Firma B-GmbH gehandelt hat, ist auch aus dem in der Niederschrift zur Angebotseröffnung bezeichneten Geschäftssitz der B-GmbH ersichtlich. An dieser Geschäftsadresse hat sich lediglich der Geschäftssitz der B-GmbH befunden. Im Übrigen war das Einzelunternehmen, welches seinen Sitz an derselben Adresse hatte, zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe schon längst nicht mehr existent, welcher Umstand sich auch aus dem öffentlichen Firmenbuch ergibt. Weiters ergibt sich aus der Niederschrift zur Angebotsöffnung, dass es sich bei der verlesenen Angebotssumme (247.018,91 Euro) um jene handelt, die dem Angebot der Firma B-GmbH zugrunde gelegen ist. Im Schreiben betreffend die Zuschlagsentscheidung ist wiederum genau diese Angebotssumme angeführt.

Insgesamt bestand somit weder eine Manipulationsmöglichkeit noch eine Verwechslungsgefahr und war klar, dass der Zuschlag an die B-GmbH erteilt werden soll.

8.1. Gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an Befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. 8.1. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an Befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit unbeschadet der Regelung des § 20 Abs 1 beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Gemäß § 70 Abs 1 leg cit hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, leg cit hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. berufliche Befugnis,
2. berufliche Zuverlässigkeit,
3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie
4. technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

Gemäß § 71 Abs 1 Z 1 leg cit hat der Auftraggeber als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß §

70 Abs 1 Z 1, dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen, festzulegen: Nach Maßgabe der Vorschriften des Herkunftslandes des Unternehmers eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden im Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden im Anhang VII genannten Bescheinigung eidesstattlichen Erklärung. Gemäß Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, leg cit hat der Auftraggeber als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer eins,, dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen, festzulegen: Nach Maßgabe der Vorschriften des Herkunftslandes des Unternehmers eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden im Anhang römisch sieben angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden im Anhang römisch sieben genannten Bescheinigung eidesstattlichen Erklärung.

Gemäß § 29 GewO 1994 ist für den Umfang der Gewerbeberechtigung der Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (§ 339) oder des Bescheides gemäß § 340 Abs 2 im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Im Zweifelsfalle sind die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen. Gemäß Paragraph 29, GewO 1994 ist für den Umfang der Gewerbeberechtigung der Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (Paragraph 339,) oder des Bescheides gemäß Paragraph 340, Absatz 2, im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Im Zweifelsfalle sind die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen.

Gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO 1994 stehen Gewerbetreibenden auch folgende Rechte zu. Gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 stehen Gewerbetreibenden auch folgende Rechte zu:

alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen.

Gemäß § 94 Z 11 GewO 1994 handelt es sich bei dem Dachdeckergewerbe (Handwerk) um ein reglementiertes Gewerbe. Gemäß Paragraph 94, Ziffer 11, GewO 1994 handelt es sich bei dem Dachdeckergewerbe (Handwerk) um ein reglementiertes Gewerbe.

Gemäß Punkt 2.2.2. der Ausschreibungsbestimmungen (Teil B.1) müssen österreichische Bieter über alle für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen. Gleiches gilt für Subunternehmer, an die der Bieter Leistungen zu vergeben beabsichtigt. Der Bieter muss seine aufrechte Befugnis auf gesonderte Aufforderung durch den Auftraggeber durch Vorlage entsprechender Nachweise (Gewerbeberechtigung, Auszug aus Berufsregister, Bescheinigung der Berufsorganisation usw) belegen können. Dies gilt auch für den Fall der Beiziehung von Subunternehmern. Diese Bescheinigung darf nicht älter als ein Monat sein.

8.2. Der Antragsteller hat im Wesentlichen vorgebracht, dass es dem präsumtiven Zuschlagsempfänger, der nur das Gewerbe „Dachdecker“ innehat, an der Befugnis für die Ausführung des gegenständlichen Gewerks mangle. Das Dachdeckergewerbe sei für die Erbringung der gegenständlichen Leistungen unzureichend, da die gegenständliche Fassade aus nach Aufmaß geplanten Sonderfassadenelementen aus Aluminium bestehe, die in dieser Form und Dimensionierung am Markt nicht erhältlich seien.

Der Auftraggeber hat dem entgegengehalten, dass die Fassade aus industriell vorgefertigten Metallelementen bestehe; es handle sich – mit Ausnahme des Rahmens bei den Fenstern – um eine handelsübliche Ware und nicht um eine Sonderanfertigung.

Es ist daher im vorliegenden Fall von Bedeutung, ob die vom Auftraggeber ausgeschriebene Leistung von einem Bieter, der (nur) im Besitz der Gewerbeberechtigung „Dachdecker“ ist, erbracht werden darf.

Im vorliegenden Fall ergibt sich der Umfang der Gewerbeberechtigung aus dem Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften) nicht. Nach dem zweiten Satz des § 29 Gewerbeordnung 1994 sind im Zweifelsfall (ua) „die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und

Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen“ (vgl VwGH 2007/04/019).Im vorliegenden Fall ergibt sich der Umfang der Gewerbeberechtigung aus dem Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften) nicht. Nach dem zweiten Satz des Paragraph 29, Gewerbeordnung 1994 sind im Zweifelsfall (ua) „die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen“ vergleiche VwGH 2007/04/019).

In diesem Sinn waren die „Grundregeln des österreichischen Dachdeckerhandwerks“, herausgegeben von der Bundesinnung der Dachdecker, Glaser und Spengler, Ausgabe 2013, von Bedeutung. Darin ist unter der Rubrik „6. Berufsscharakteristik des Dachdeckerhandwerks“ ua wie folgt ausgeführt:

„6.1. Steildach

?

Decken, Instandsetzen und Unterhalten (Wartung) von Dach-, Turm- und Wandflächen auf Schalung, Lattung oder sonstigen Unterkonstruktionen einschließlich des Zurichten, Aufbereiten und Bearbeiten der Werkstoffe.

?

Die Eindeckung von Steildächern kann mit Tondachziegeln, Faserzementplatten, Betondachsteinen, Bitumenschindeln, Naturschiefer, Holzschindeln, Steinplatten, Schilf/Strohdeckungen und vorgefertigte Bedachungselemente aus Metall, Kunststoff oder sonstigen Materialien erfolgen.

.....

6.3. Wandverkleidung

?

Eindeckungen von vorgehängten, hinterlüfteten Fassaden einschließlich des Zurichten, Aufbereiten und Bearbeiten der Werkstoffe.

?

Aufbau und Anbringen der Holz- oder Metallunterkonstruktionen.

?

Einbau der Wärmedämmschichten.

?

Ausführungen von Anschlüssen, Einfassungen, Ein- und Abdeckungen sowie von Dehnfugen, Dichtungen etc.

?

Theoretische und praktische Fertigkeit zu fachgerechter Befestigung der Verkleidung, Unterkonstruktion und deren Zubehörteile durch Dübeln, Verschrauben, Nageln, Kleben, etc.“

Aufgrund dieser Beschreibung ist davon auszugehen, dass die Herstellung der gegenständlichen Fassade vom Berechtigungsumfang des Dachdeckers umfasst ist. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass Dachdecker Metallunterkonstruktionen anbringen dürfen; andererseits ist hinsichtlich der Eindeckung von Fassaden keine Einschränkung betreffend das Material angeführt.

Nichts Gegenteiliges lässt sich aus dem Kommentar zur Gewerbeordnung 1994 von Ennöckl, Raschauer und Wessely, auf welchen der Antragsteller verwiesen hat, ableiten. Darin wird zu der Gewerbeberechtigung Dachdecker (vgl Rz 31 zu § 94 GewO 1994) ua wie folgt ausgeführt: „Dachdecker führen verschiedenste Arten von Dacheindeckungen sowie alle anfallenden Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten an Dächern durch. Sie verlegen Flach- und Steildächer mit Materialien wie Schiefer, Ziegel, Faserzementplatten oder Betondachsteinen und bauen Lichtkuppeln und Dachfenster ein. Ein weiterer Aufgabenbereich ist die Herstellung und Montage von Wärmedämmungen, Fassaden- und Kaminverkleidungen. Sie montieren Dachrinnen, Dachleitern, Blitzschutzanlagen oder Solarsysteme“. Auch in dieser Umschreibung des Berechtigungsumfanges sind Fassadenverkleidungen (ohne Einschränkung) angeführt. Nichts Gegenteiliges lässt sich aus dem Kommentar zur Gewerbeordnung 1994 von Ennöckl, Raschauer und Wessely, auf welchen der Antragsteller verwiesen hat, ableiten. Darin wird zu der Gewerbeberechtigung Dachdecker vergleiche Rz 31 zu Paragraph 94, GewO 1994) ua wie folgt ausgeführt: „Dachdecker führen verschiedenste Arten von Dacheindeckungen sowie alle anfallenden Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten an Dächern durch. Sie verlegen Flach- und Steildächer mit Materialien wie Schiefer, Ziegel, Faserzementplatten oder Betondachsteinen und bauen Lichtkuppeln und Dachfenster ein. Ein weiterer Aufgabenbereich ist die Herstellung und Montage von

Wärmedämmungen, Fassaden- und Kaminverkleidungen. Sie montieren Dachrinnen, Dachleitern, Blitzschutzanlagen oder Solarsysteme“. Auch in dieser Umschreibung des Berechtigungsumfanges sind Fassadenverkleidungen (ohne Einschränkung) angeführt.

An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass in den Positionsnummern 33.1290 B und C (Unterkonstruktion Bereich Fenster durchlaufend und auskragend) Leistungen (ua nämlich Schweißungen) enthalten sind, die nicht in den Berechtigungsumfang eines Dachdeckers fallen. Dazu ist auf § 32 Abs 1 Z 1 zweiter Fall GewO 1994 verwiesen, wonach im Rahmen des gewerblichen Nebenrechtes Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang erbracht werden dürfen. Selbst wenn im vorliegenden Fall bei der Beurteilung der Frage, ob ein „geringer Umfang“ vorliegt, – ohne nähere Prüfung – die Gesamtsumme beider angeführter Positionen berücksichtigt würde, würde diese Summe bezogen auf die Gesamtangebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers weniger als 7 % ausmachen. Die in den angeführten Positionen zu erbringenden Leistungen wären daher als in einem geringen Umfang zu werten und dürften diese im Rahmen des Nebenrechtes erbracht werden (VwGH 2006/04/0148). An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass in den Positionsnummern 33.1290 B und C (Unterkonstruktion Bereich Fenster durchlaufend und auskragend) Leistungen (ua nämlich Schweißungen) enthalten sind, die nicht in den Berechtigungsumfang eines Dachdeckers fallen. Dazu ist auf Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall GewO 1994 verwiesen, wonach im Rahmen des gewerblichen Nebenrechtes Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang erbracht werden dürfen. Selbst wenn im vorliegenden Fall bei der Beurteilung der Frage, ob ein „geringer Umfang“ vorliegt, – ohne nähere Prüfung – die Gesamtsumme beider angeführter Positionen berücksichtigt würde, würde diese Summe bezogen auf die Gesamtangebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers weniger als 7 % ausmachen. Die in den angeführten Positionen zu erbringenden Leistungen wären daher als in einem geringen Umfang zu werten und dürften diese im Rahmen des Nebenrechtes erbracht werden (VwGH 2006/04/0148).

Nicht von Relevanz sind die vom Antragsteller zitierten historischen Erkenntnisse, da unstrittig ist, dass zwischen Spengler- und Dachdeckergewerbe keine Verwandtschaft vorliegt bzw nur Spengler zur Lötung von Aluminium berechtigt sind.

Im Übrigen soll nicht unerwähnt bleiben, dass das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg eine Anfrage an das Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft gestellt hat, ob für gegenständliches Gewerk die Befugnis „Dachdecker“ ausreichend ist, wobei der Anfrage das gegenständliche Leistungsverzeichnis zugrunde gelegen ist; das Ministerium hat dabei die Rechtsauffassung vertreten, dass ein Dachdecker hiezu berechtigt sei.

Der Hinweis des Antragstellers auf die gegenteilige Äußerung der Bundesinnung Baunebengewerbe ist hingegen nicht geeignet, die von der Bundesinnung der Dachdecker, Glaser und Spengler herausgegebenen „Grundregeln des österreichischen Dachdeckerhandwerks“ in Frage zu stellen.

8.3. Nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes trifft im vorliegenden Fall auch die Auffassung des Antragstellers, der präsumtive Zuschlagsempfänger hätte sich eines befugten Subunternehmers bedienen müssen, da es sich nicht um die Lieferung von Waren handelt, nicht zu. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich bei dem durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger zu tätigenden Zukauf der Unterkonstruktion und der Streckmetallplatten von Lieferanten um Leistungen von Zulieferern handelt.

Im vorliegenden Fall beabsichtigt der präsumtive Zuschlagsempfänger, die Unterkonstruktion und die Streckmetallplatten zuzukaufen und anschließend die Metallfassade vor Ort zu montieren. Dabei erstellt der Streckmetalllieferant auf der Grundlage der der Ausschreibung zugrundeliegenden Pläne die Werkspläne und liefert anschließend die Streckmetallplatten in der gewünschten Dimension.

Bei der Vergabe von Bauleistungen sind Baustoff- und Bauteillieferanten in der Regel als Hilfsunternehmer (Zulieferer) anzusehen (vgl Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, vierte Auflage, Rz 1373). Die Eigenschaft eines Subunternehmers käme einem Bauteillieferanten nur dann zu, wenn er die gelieferten Bauteile auch selbst einbauen würde. Bei der Abgrenzung, ob ein Teil der zu vergebenden Leistung erbracht oder lediglich eine Hilfsfunktion (etwa als Zulieferer) ausgeübt wird, ist stets auf den vom Auftraggeber konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand abzustellen (vgl Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Vergaberecht, Rz 12 zu § 83). Bei der Vergabe von Bauleistungen sind Baustoff- und Bauteillieferanten in der Regel als Hilfsunternehmer (Zulieferer) anzusehen vergleiche Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, vierte Auflage, Rz 1373). Die

Eigenschaft eines Subunternehmers käme einem Bauteilelieferanten nur dann zu, wenn er die gelieferten Bauteile auch selbst einbauen würde. Bei der Abgrenzung, ob ein Teil der zu vergebenden Leistung erbracht oder lediglich eine Hilfsfunktion (etwa als Zulieferer) ausgeübt wird, ist stets auf den vom Auftraggeber konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand abzustellen vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Vergaberecht, Rz 12 zu Paragraph 83,).

Die Lieferung der gegenständlichen Unterkonstruktion und der gegenständlichen Streckmetallplatten ist somit als Hilfsleistung eines Dritten, als Zulieferer zur Vorbereitung der eigentlich vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zu erbringenden Leistungen zu qualifizieren (vgl BVA N/0055-BVA/14/2001-31). Weder der Umstand, dass die Ausführungspläne vom Auftragnehmer zu bewerkstelligen sind, noch die Detailliertheit der der Ausschreibung zugrunde liegenden Pläne spricht gegen das Vorliegen eines Zuliefervertrages. Ein Zuliefervertrag liegt auch dann vor, wenn die vom Zulieferer gelieferten Produkte – wie im gegenständlichen Fall – nach Maß angefertigt werden. Letzterer Umstand führt somit nicht dazu, dass keine „handelsüblichen Waren“ mehr vorliegen (LVwG Wien VGW-123/077/31533/2014). Die Lieferung der gegenständlichen Unterkonstruktion und der gegenständlichen Streckmetallplatten ist somit als Hilfsleistung eines Dritten, als Zulieferer zur Vorbereitung der eigentlich vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zu erbringenden Leistungen zu qualifizieren vergleiche BVA N/0055-BVA/14/2001-31). Weder der Umstand, dass die Ausführungspläne vom Auftragnehmer zu bewerkstelligen sind, noch die Detailliertheit der der Ausschreibung zugrunde liegenden Pläne spricht gegen das Vorliegen eines Zuliefervertrages. Ein Zuliefervertrag liegt auch dann vor, wenn die vom Zulieferer gelieferten Produkte – wie im gegenständlichen Fall – nach Maß angefertigt werden. Letzterer Umstand führt somit nicht dazu, dass keine „handelsüblichen Waren“ mehr vorliegen (LVwG Wien VGW-123/077/31533/2014).

Lediglich ergänzend ist festzuhalten, dass erst durch die BVergG-NovelleBGBl I Nr 7/2016 eine Definition des Subunternehmers eingeführt wurde, wonach die bloße Lieferung von „handelsüblichen“ Waren keine Subunternehmerleistung darstellt. Diese Novelle kommt aber zufolge der Übergangsbestimmung des § 345 Abs 18 Z 2 BVergG 2006 im vorliegenden Fall gar nicht zur Anwendung, sodass der Einschränkung auf „handelsübliche“ Waren in der vorliegenden Rechtssache keine Bedeutung zukommt und die gegenständlichen Hilfsleistungen umso mehr als Zulieferleistungen zu qualifizieren sind. Die Ausschreibungsunterlage wurde vor der Kundmachung dieser Novelle erstellt. Der Auftraggeber konnte den Begriff „Subunternehmer“ in der Ausschreibungsunterlage nicht in diesem geänderten Sinne verstehen. Lediglich ergänzend ist festzuhalten, dass erst durch die BVergG-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 7 aus 2016, eine Definition des Subunternehmers eingeführt wurde, wonach die bloße Lieferung von „handelsüblichen“ Waren keine Subunternehmerleistung darstellt. Diese Novelle kommt aber zufolge der Übergangsbestimmung des Paragraph 345, Absatz 18, Ziffer 2, BVergG 2006 im vorliegenden Fall gar nicht zur Anwendung, sodass der Einschränkung auf „handelsübliche“ Waren in der vorliegenden Rechtssache keine Bedeutung zukommt und die gegenständlichen Hilfsleistungen umso mehr als Zulieferleistungen zu qualifizieren sind. Die Ausschreibungsunterlage wurde vor der Kundmachung dieser Novelle erstellt. Der Auftraggeber konnte den Begriff „Subunternehmer“ in der Ausschreibungsunterlage nicht in diesem geänderten Sinne verstehen.

Nicht von Relevanz ist auch das Vorbringen des Antragstellers, es seien Maanpassungen an der Baustelle erforderlich. Abgesehen davon ist diesem Vorbringen die Aussage des Planers entgegen zu halten, wonach der Zuschnitt nicht nur vor Ort erfolgen könne.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers kann auch aus der Positionsnummer 33.1290 Z (Herstellen einer Musterfläche) nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Im übrigen hat der Planer hiezu dargetan, dass die Vorgabe einer Musterfläche nur zur Visualisierung erfolgt sei und um zu überprüfen, ob die ausgeschriebene Leistung auch tatsächlich geliefert werde.

8.4. Bei diesem Ergebnis geht auch das Vorbringen des Antragstellers, der präsumtive Zuschlagsempfänger habe mangels Vorliegens der Befugnis keine gültige Referenz und Arbeitskräftekapazität vorweisen können, ins Leere. Im übrigen hat der Auftraggeber unter Hinweis auf den Vergabeakt zutreffend dargetan, dass beim präsumtiven Zuschlagsempfänger sowohl die Referenzen als auch eine ausreichende Zahl von Mitarbeitern mit entsprechendem Know-how vorliegen würde. Im Hinblick auf die Gesamtrechtsnachfolge der B-GmbH ist es auch nicht erheblich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger hinsichtlich der Mitarbeiter jene der T B e.U. angegeben hat.

9. Gemäß § 12 Abs 1 lit b des Vergabenachprüfungsgesetzes ist das Landesverwaltungsgericht bis zum Zuschlag oder

Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären.9. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Litera b, des Vergabenachprüfungsgesetzes ist das Landesverwaltungsgericht bis zum Zuschlag oder Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären.

Gemäß § 12 Abs 2 leg cit darf eine Entscheidung nur dann für nichtig erklärt werden (Abs 1 lit b), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Gemäß Paragraph 12, Absatz 2, leg cit darf eine Entscheidung nur dann für nichtig erklärt werden (Absatz eins, Litera b,), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat.

Die Entscheidung des Auftraggebers steht auf Grund der in den obigen Punkten 6. bis 8. dargelegten Ausführungen nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Die Entscheidung des Auftraggebers war daher nicht für nichtig zu erklären.

10. Die Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht bzw eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im konkreten Fall fehlt. Insbesondere ist hier auf die Ausführungen betreffend die Antragslegitimation (vgl. Punkt 5.2.), den Widerrufsgrund (vgl. Punkt 6.3.) und die Fehlbezeichnung in der Zuschlagsentscheidung (vgl. Punkt 7.) zu verweisen.10. Die Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht bzw eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im konkreten Fall fehlt. Insbesondere ist hier auf die Ausführungen betreffend die Antragslegitimation (vergleiche Punkt 5.2.), den Widerrufsgrund (vergleiche Punkt 6.3.) und die Fehlbezeichnung in der Zuschlagsentscheidung (vergleiche Punkt 7.) zu verweisen.

Schlagworte

Antragslegitimation, auszuscheidender Bieter, Airgest, Leistungsverzeichnis, verbale Beschreibung, zeichnerische Darstellung, Widerruf, Ausschreibung mangelhaft, Zuschlagsempfänger, Bezeichnung, Dachdecker, Metallfassade, Gewerbetreibende, Nebenrecht, Subunternehmer, Zulieferer

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGO:2016:LVwG.314.2.2016.S1

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg LVwg Vorarlberg, <http://www.lvwg-vorarlberg.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at