

TE Lvwg Erkenntnis 2018/7/1 LVwG-AV-1148/005-2015

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.07.2018

Entscheidungsdatum

01.07.2018

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §19 Abs8

GewO 1994 §373a Abs4

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Hofrat Dr. Trixner als Einzelrichterin aufgrund des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 29.11.2017, Zl. ***, mit welchem der Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 28.04.2017, Zl. LVwG-AV-1148/003-2015, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren der B GmbH, vertreten durch A, Rechtsanwalt in ***, ***, (mitbeteiligte Partei: Stadtgemeinde ***, vertreten durch C Rechtsanwälte KG in ***, ***), aufgehoben wurde, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, zu Recht:

I.

Der Antrag der B GmbH auf Feststellung, dass die Zuschlagserteilung der Stadtgemeinde *** an die Firma D GmbH, ***, Deutschland, vom 15.07.2013 rechtswidrig erfolgt sei, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1; 4 Abs. 1, Abs. 3 Z 1; 6; 7 Abs. 4, 10; 16 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (NÖ Verg-NG)

§ 41a Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006)

II.

Der Antrag der B GmbH auf Ersatz der Verfahrens-Pauschalgebühren in Höhe von € 200,00 wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 19 Abs. 1, 8 und 10 NÖ Verg-NG

III.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG)

Entscheidungsgründe:

1. Zum bisherigen Verfahren:

Die Stadtgemeinde *** als öffentliche Auftraggeberin, vertreten durch C Rechtsanwälte KG, ***, (im Folgenden: Auftraggeberin) führte ein Vergabeverfahren im Zusammenhang mit der Sanierung des Hallenbades *** u.a. für das Teillos „Schwimmbadtechnik“ durch. Dabei handelte es sich um einen Bauauftrag, der mittels Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt wurde.

Die B GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) legte zu diesem Teillos ein Angebot. Mit Schreiben vom 15.7.2013 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass der Zuschlag an die D GmbH, in ***, Deutschland (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin), erteilt worden und das Vergabeverfahren damit abgeschlossen sei.

Am 21.8.2013 fand bei der Schlichtungsstelle beim Amt der NÖ Landesregierung eine Schlichtungsverhandlung statt, anlässlich derer festgehalten wurde, dass keine gütliche Einigung zustande gekommen sei.

Mit Schriftsatz vom 30.8.2013 brachte die Antragstellerin beim Unabhängigen Verwaltungssenat im Land NÖ (UVS NÖ) einen Antrag auf „Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung vom 15.7.2013“, verbunden mit Anträgen auf Gebührenersatz, ein. Beantragt wurde, dass der UVS NÖ feststellen möge, dass wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht insbesondere eine ausreichende Befugnis der Zuschlagsempfängerin nicht gegeben sei und/oder ihr Angebot eine spekulative Preisgestaltung aufweise, sohin der Zuschlag nicht gemäß den Angaben der Ausschreibung, dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, erteilt worden sei. Eventualiter möge festgestellt werden, dass die Zuschlagserteilung (ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung) wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens rechtswidrig gewesen sei. Weiters solle der zwischen der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin abgeschlossene Vertrag für nichtig erklärt und (hilfsweise) eine angemessene Geldbuße verhängt werden.

Mit Bescheid vom 19.12.2013, Zl. Senat-AB-13-0246, wies der UVS NÖ den Feststellungsantrag (Spruchpunkt I.) und den Antrag auf Ersatz der Verfahrens-Pauschalgebühren (Spruchpunkt II.) der Antragstellerin ab. Für den ursprünglichen Feststellungsantrag und den Gang des Verfahrens vor dem UVS NÖ, insbesondere auf das in diesem Verfahren eingeholte Gutachten vom 15.12.2013 zur Frage der spekulativen Preisgestaltung des Angebotes der Zuschlagsempfängerin sei auf den Bescheid des UVS NÖ verwiesen.

Gegen den Bescheid des UVS NÖ wurde von der Antragstellerin eine Übergangsrevision nach § 4 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) erhoben. Mit Erkenntnis vom 09.09.2015, Zl. ***, gab der VwGH der Revision statt und behob den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge von Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgrund fehlender Feststellungen. Dabei führte der Verwaltungsgerichtshof aus wie folgt:

„Für die Behandlung einer (hier vorliegenden) Revision nach § 4 Abs. 1 VwGbk-ÜG gelten gemäß § 4 Abs. 5 fünfter Satz VwGbk-ÜG die Bestimmungen des VwGG in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung sinngemäß mit der Maßgabe, dass statt der Ablehnung der Beschwerde gemäß § 33a VwGG die Revision als unzulässig zurückgewiesen werden kann.“

Die relevanten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006), BGBl. I Nr. 17 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 128/2013, lauten auszugsweise:

«Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

...

16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

...

oo) bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Wahl des Vergabeverfahrens; die Bekanntmachung.

...»

«Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen und
Baukonzessionsverträgen

§ 14. (1) Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges I (Gewerke).

...

(4) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 12 Abs. 1 Z 3 genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Gewerkes.»

«Allgemeine Bestimmungen über Bewerber und Bieter

§ 20. (1) Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, haben ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten.

...»

«Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen

§ 25. ...

(11) Bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung wird, nachdem einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmern die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages bekannt gemacht wurde, und nach Einholung von einem oder mehreren Angeboten, eine Leistung formfrei von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.»

«Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung

§ 41a. (1) Für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gelten ausschließlich der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 20, die §§ 3 Abs. 1, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 bis 4, 25 Abs. 11, 42 Abs. 3, 43 Abs. 1 und 2, 87a, 99a, 135 Abs. 1, 140 Abs. 9, der 4. Bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Abs. 2 bis 7.

(2) Eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert

1. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 130 000 Euro und
2. bei Bauaufträgen 500 000 Euro nicht erreicht.

(3) Der Auftraggeber hat die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages mittels einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 55 Abs. 2 und 3 bekannt zu machen. Die Bekanntmachung hat zumindest folgende Angaben zu enthalten:

1. Bezeichnung des Auftraggebers,
2. Gegenstand der Leistung sowie Erfüllungsort und Leistungsfrist,
3. Hinweis, wo nähere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf verfügbar sind und
4. ausdrückliche Bezeichnung als Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung.

...

(5) Der Auftraggeber hat den Unternehmern, die sich um eine Teilnahme am Verfahren zur Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beworben oder ein Angebot gelegt haben, unverzüglich nach Zuschlagserteilung mitzuteilen, welchem Unternehmer der Zuschlag erteilt wurde. In dieser Mitteilung ist der Gesamtpreis anzugeben.

(6) Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters muss spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen. ...»

«Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

11. Angebote von Bieter, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 112 Abs. 3 gesetzten Nachfrist

- a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung,
- b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit. a fehlenden Kenntnisse erworben worden sind,
- c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit. a gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oder
- d) eine behördliche Entscheidung, die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt, vorliegt.

...»

2.2. § 373a der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 85/2012, lautet auszugsweise:

«Vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung im Rahmen

der Dienstleistungsfreiheit

§ 373a. (1) Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befugt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, dürfen diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. Die Erbringung des allenfalls vorgeschriebenen Befähigungsnachweises ist nicht erforderlich,

- 1. wenn die gewerbliche Tätigkeit im Niederlassungsmitgliedstaat reglementiert ist oder eine reglementierte Ausbildung im Sinne des Art. 3 lit. e der Richtlinie 2005/36/EG vorliegt oder
- 2. wenn die gewerbliche Tätigkeit oder die Ausbildung zwar nicht im Sinne der Z 1 reglementiert ist, der Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit aber mindestens zwei Jahre während der vorhergehenden zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat.

Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat die Ausübung der den Gegenstand der Dienstleistung bildenden Tätigkeit zu verbieten, wenn die vorgenannten Voraussetzungen für die Erbringung der Dienstleistung nicht erfüllt sind oder ...

...

(4) Hat die grenzüberschreitende Tätigkeit ein im § 94 angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen sind, zum Gegenstand, so hat der Dienstleister dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen und diesen dabei über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht zu informieren. Diese Anzeige ist einmal jährlich zu erneuern, wenn der Dienstleister beabsichtigt, während des betreffenden Jahres vorübergehend oder gelegentlich Dienstleistungen zu erbringen. Der Erstanzeige und einer weiteren jährlichen Anzeige bei wesentlichen Änderungen sind folgende Dokumente anzuschließen:

- 1. ein Nachweis über die Staatsangehörigkeit des Dienstleisters;

2. eine Bescheinigung der zuständigen Behörden oder Stellen darüber, dass der Dienstleister in einem Mitglied- oder Vertragsstaat rechtmäßig zur Ausübung der betreffenden Tätigkeiten niedergelassen ist, einschließlich der Adresse der Niederlassung, und dass ihm die Ausübung dieser Tätigkeiten zum Zeitpunkt der Vorlage der Bescheinigung nicht, auch nicht vorübergehend, untersagt ist;

3. ein Berufsqualifikationsnachweis des Dienstleisters;

4. in den in Abs. 1 Z 2 genannten Fällen ein Nachweis darüber, dass der Dienstleister die betreffende Tätigkeit während der vorhergehenden zehn Jahre mindestens zwei Jahre lang ausgeübt hat;

...

(5) Bei Anzeigen über die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit gemäß Abs. 4 ist vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit wie folgt zu verfahren:

1. Die Anzeigen über die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit gemäß Abs. 4 sind zu überprüfen; dem Antragsteller ist binnen eines Monats der Empfang der Unterlagen zu bestätigen; gegebenenfalls ist ihm mitzuteilen, welche Unterlagen gemäß Abs. 4 fehlen bzw. dass gegen die Ausübung der Tätigkeit kein Einwand besteht.

2. Bei den Gewerben gemäß § 94 Z 2, 4, 5, 6, 10, 14, 16, 17, 18, 23, 25, 28, 30, 32, 33, 34, 41, 42, 43, 46, 48, 53, 55, 58, 62, 65, 66, 69, 80, 81 und 82 oder gemäß Abs. 6 durch Verordnung festgelegten weiteren Gewerben oder bei gewerblichen Tätigkeiten, welche diesen Gewerben zuzuordnen sind, hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vor der ersten Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit neben dem Vorliegen der im Abs. 1 festgelegten Voraussetzungen zu überprüfen, ob aufgrund der mangelnden Berufsqualifikation des Dienstleisters eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten ist:

a) Wenn eine Beeinträchtigung aufgrund mangelnder Berufsqualifikation nicht zu befürchten ist, ist dies dem Anzeiger binnen einer Frist von höchstens einem Monat nach Eingang der vollständigen Unterlagen mitzuteilen. In diesem Fall ist die Tätigkeit ab Einlangen der Mitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit beim Antragsteller zulässig.

b) Besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der beruflichen Qualifikation des Dienstleisters und der in Österreich geforderten Ausbildung derart, dass dies der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit abträglich ist, ist die Anzeige binnen einer Frist von höchstens einem Monat nach Eingang der vollständigen Unterlagen nur unter der Bedingung mit Bescheid zur Kenntnis zu nehmen, dass der Anzeiger eine Eignungsprüfung nach Abs. 7 oder einen entsprechenden Anpassungslehrgang erfolgreich ablegt. Der Inhalt der Eignungsprüfung oder des Anpassungslehrganges ist vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit im Bescheid festzulegen. Die Erbringung der Dienstleistung muss innerhalb des Monats erfolgen können, der auf die Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit folgt.

...

d) Wenn bis zum Ablauf des zweiten Monats ab Eingang der vollständigen Unterlagen beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit keine Reaktion des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit erfolgt, darf die Tätigkeit erbracht werden.

Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat Dienstleister im Sinne des Abs. 4 bzw. Abs. 6 Z 1 unter Angabe von Name (Firma), Vorname, Adresse der Niederlassung, einer etwaigen Kontaktadresse, etwaigen sonstigen Kontaktdaten im Inland und der ausgeübten Tätigkeit im Internet sichtbar zu machen.

...»

3. Vorauszuschicken ist, dass dem von der Revisionswerberin erstatteten Vorbringen, die belangte Behörde habe nicht über ihren «Nichtigkeitsantrag» und über den hilfsweise gestellten Antrag auf Verhängung einer Geldbuße abgesprochen, entgegenzuhalten ist, dass betreffend die Nichtigkeitsklärung des Vertrages und die Verhängung von

Sanktionen nach § 16 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz kein Antragsrecht der Revisionswerberin besteht (vgl. hinsichtlich der Verhängung einer Geldbuße nach § 334 BVergG 2006 bereits das Erkenntnis vom 18. März 2015, 2012/04/0070).

4.1. Die Revisionswerberin bringt vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen die Wahl der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nicht genannt worden sei. Hingegen sei auf die ÖNORM A 2050 verwiesen worden, die aber keine Direktvergabe mit Bekanntmachung kenne. Somit sei davon auszugehen, dass das Verfahren der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ursprünglich nicht gewählt worden sei. Es fehle Judikatur dazu, ob die unrichtige Wahl der Verfahrensart, die erst im Zuge der Abwicklung des Verfahrens zu Tage trete, mit der Bekanntgabe der Zuschlagserteilung geltend gemacht werden könne.

Die geltend gemachte Unzulässigkeit der Wahl der Verfahrensart «Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung» begründet die Revisionswerberin mit einem Abweichen von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 22. Juni 2011, 2011/04/0116, wonach der Auftragswert unter Zusammenzählung aller einheitlich ausgeschriebenen Gewerke zu berechnen sei. Für die Wahl der Verfahrensart sei der Gesamtauftragswert, der gegenständlich bei ca. EUR 4,5 Millionen liege, maßgeblich und eine Direktvergabe für das Gewerk Badewassertechnik daher unzulässig.

4.2. Die Auftraggeberin verweist diesbezüglich in ihrer Gegenschrift auf die Bekanntmachungen (im Lieferungsanzeiger und unter www.auftrag.at), in denen auf die gewählte Verfahrensart hingewiesen worden sei. Die gesonderte Ausschreibung des Gewerks Schwimmbadtechnik - und damit die Wahl der Verfahrensart Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung - sei zudem gemäß § 14 Abs. 4 BVergG 2006 zulässig gewesen.

4.3. Die belangte Behörde hat festgestellt, dass vorliegend eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt worden ist. Damit im Einklang stehen die vorgelegten und im Vergabeakt befindlichen Bekanntmachungen, in denen jeweils von einer Direktvergabe mit (vorheriger) Bekanntmachung die Rede war. Es bestehen daher keine Zweifel daran, dass die Auftraggeberin diese Verfahrensart gewählt und dies entsprechend bekannt gemacht hat. Die Wahl der Verfahrensart ist daher nicht - wie die Revisionswerberin vorbringt - erst im Zuge der Abwicklung des Verfahrens zu Tage getreten. Daran vermag der ins Treffen geführte Umstand, die Ausschreibungsunterlagen hätten auf die ÖNORM A 2050 (die die Verfahrensart der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nicht kenne) verwiesen, nichts zu ändern, weil damit die Angaben in der Bekanntmachung nicht in Frage gestellt werden.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. oo BVergG 2006 sind bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens und die Bekanntmachung gesondert anfechtbar. Dass diese Entscheidungen angefochten worden und somit nicht bestandfest geworden wären, wird in der Revision nicht geltend gemacht. Ausgehend davon kommt dem Revisionsvorbringen, soweit es sich gegen die Wahl der Verfahrensart richtet, schon deshalb keine Berechtigung zu, weil diese Entscheidung bestandfest geworden ist. Die Auftraggeberin war daher berechtigt, den Zuschlag ohne Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung zu erteilen.

Vor diesem Hintergrund erübrigt sich ein näheres Eingehen darauf, ob die Wahl der Verfahrensart gemäß § 14 Abs. 4 BVergG 2006 zulässig gewesen ist. Dessen ungeachtet sei darauf hingewiesen, dass das von der Revisionswerberin monierte Abweichen vom hg. Erkenntnis 2011/04/0116 schon deshalb nicht vorliegt, weil die belangte Behörde zutreffend davon ausgegangen ist, dass in einem ersten Schritt der geschätzte Auftragswert des gesamten Bauvorhabens heranzuziehen war und - da dieser Wert unterhalb des Schwellenwertes nach § 12 Abs. 1 BVergG 2006 lag - dann gemäß der Losregelung des § 14 Abs. 4 BVergG 2006 für die Wahl der Verfahrensart der Wert des einzelnen Gewerkes maßgeblich war (das von der Revisionswerberin angeführte Erkenntnis betraf demgegenüber nicht diese Losregelung).

5.1. Nach Auffassung der Revisionswerberin sei die belangte Behörde zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Zuschlagsempfängerin vor Angebotslegung keine neuerliche Anzeige (nach § 373a Abs. 4 GewO 1994) erstatten musste. Im vorliegenden Fall sei für das konkrete Vergabeverfahren und das laufende Kalenderjahr weder eine Dienstleistungsanzeige noch eine Eintragung im Dienstleistungsregister erfolgt. Das (unrichtige) Schreiben des BMWFJ vom 10. Jänner 2011 könne den erforderlichen Befugnisnachweis nicht ersetzen. Zudem verweist die Revisionswerberin darauf, dass die Tätigkeiten des Gewerbes der Gas- und Sanitärtechnik besonders gefahreneigentlich und daher ausdrücklich in § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 genannt seien. Es wäre daher jedenfalls eine Bestätigung zu

erbringen gewesen, dass eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Gesundheit oder Sicherheit nicht zu befürchten ist. Schließlich fehle Judikatur dazu, ob sich eine «nicht-österreichische Firma auf das Industrieprivileg» nach § 7 Abs. 5 GewO 1994 stützen könne, wenn sie keine in Österreich gelegene Betriebsstätte habe.

5.2. Die Auftraggeberin bringt in ihrer Gegenschrift vor, die Zuschlagsempfängerin habe eine Dienstleistungsanzeige nach § 373a Abs. 4 GewO 1994 erstattet. Auf Grund dieser Anzeige und mangels Reaktion des Bundesministers durfte sie die gegenständliche Tätigkeit ausüben, woran die unterbliebene Eintragung ins Dienstleistungsregister nichts ändern könne.

5.3. Vorauszuschicken ist, dass auch bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung der Zuschlag an einen geeigneten Bieter zu erfolgen hat (§ 41a Abs. 1 iVm § 19 Abs. 1 BVergG 2006). Der Sache nach bestreitet die Revisionswerberin die Zulässigkeit der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen gemäß § 373a GewO 1994.

Die belangte Behörde verweist in diesem Zusammenhang auf die Eintragung der Zuschlagsempfängerin im deutschen Gewerberegister sowie auf die im Jahr 2010 erstattete Dienstleistungsanzeige (nach § 373a Abs. 4 GewO 1994) und die daraufhin ergangene Rechtsauskunft des BMWFJ aus dem Jahr 2011. In diesem Schreiben des BMWFJ wurde der Zuschlagsempfängerin als Reaktion auf ihre erstmalige Anzeige mitgeteilt, dass für die Ausübung des Baues und der Projektierung von wassertechnischen Anlagen in Form eines Industriebetriebes in Österreich gemäß § 7 Abs. 5 GewO 1994 der Nachweis einer Befähigung nicht vorgeschrieben und daher - unter Bezugnahme auf die von der Zuschlagsempfängerin vorgelegten Unterlagen - für die Erbringung dieser Tätigkeit eine Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 nicht vorgesehen sei. Die von der Zuschlagsempfängerin in Aussicht genommenen Dienstleistungen können daher ohne Anzeige erbracht werden.

5.3.1. Die Regelung über das Ausscheiden von Angeboten im Zusammenhang mit der Unzulässigkeit der Ausübung von Tätigkeiten in Österreich gemäß § 129 Abs. 1 Z 11 BVergG 2006 knüpft an das Vorliegen (bzw. die Erforderlichkeit) einer behördlichen Entscheidung an. Die Erläuterungen (RV 327 BlgNR 24. GP 12) führen dazu Folgendes aus:

«Ein Angebot ist auszuscheiden, wenn die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistung von einer behördlichen Entscheidung bestimmten Inhalts abhängig ist und diese Entscheidung nicht vorliegt. ... Durch den Begriff 'erforderlich' werden somit sowohl die Fälle ausgeklammert, in denen eine behördliche Entscheidung von vornherein nicht erforderlich ist, als auch die Fälle, in denen eine behördliche Entscheidung zwar grundsätzlich erforderlich wäre, im konkreten Fall aber auf Grund des Ablaufs der behördlichen Entscheidungsfrist eben nicht mehr erforderlich ist.»

Ausgehend von dieser Auslegung der Erforderlichkeit ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes eine derartige Entscheidung auch dann nicht erforderlich, wenn die zuständige Behörde als Reaktion auf die erste Dienstleistungsanzeige zum Ausdruck gebracht hat, dass näher umschriebene Tätigkeiten ohne Anzeige erbracht werden können.

Die Regelung des § 129 Abs. 1 Z 11 BVergG 2006 sieht keine inhaltliche Überprüfung der Richtigkeit der Entscheidung der zuständigen Behörde durch den Auftraggeber vor. Im Zusammenhang mit den Fällen, in denen die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen lediglich von der Erfüllung gesetzlich normierter Voraussetzungen und nicht von einer behördlichen Entscheidung abhängt, verweisen die Erläuterungen (RV 327 BlgNR 24. GP 13) ausdrücklich darauf, dass für den Auftraggeber keine Verpflichtung besteht, das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen aus eigenem Antrieb zu überprüfen. Dementsprechend oblag es der Auftraggeberin auch nicht, die Rechtsansicht des zuständigen Bundesministers über die fehlende Erforderlichkeit einer behördlichen Entscheidung auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen. Fallbezogen war daher aus vergaberechtlicher Sicht davon auszugehen, dass die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Erbringung der von der Dienstleistungsanzeige aus 2010 bzw. von der Auskunft des BMWFJ aus 2011 erfassten Dienstleistung nur von der Erfüllung der gesetzlich normierten Voraussetzungen abhängig war.

5.3.2. Ausgehend davon ist es im vorliegenden Fall weder entscheidungserheblich, ob die in der Rechtsauskunft des BMWFJ aus dem Jahr 2011 zum Ausdruck kommende Auffassung in der Regelung der Anzeigepflicht gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 Deckung findet, noch, ob für das «Industriebetriebsprivileg» gemäß § 7 Abs. 5 GewO 1994 eine österreichische Betriebsstätte erforderlich ist.

5.4. Die Auskunft des BMWFJ aus dem Jahr 2011 entbindet fallbezogen aber nur unter der Voraussetzung von der Verpflichtung zur Erstattung einer neuerlichen Anzeige nach § 373a Abs. 4 zweiter Satz GewO 1994, dass diese Rechtsauskunft diejenigen Tätigkeiten betraf, deren zulässige Ausübung gegenständlich in Frage steht.

Im vorliegenden Fall lässt sich zwar der Wiedergabe der Stellungnahme der Auftraggeberin entnehmen, dass sich die Anzeige der Zuschlagsempfängerin aus dem Jahr 2010 auf das Gewerbe «Gas- und Sanitärtechnik» bezogen hat. Die als Reaktion darauf ergangene Rechtsauskunft des BMWFJ stellte allerdings ihrem Wortlaut nach auf die von der Zuschlagsempfängerin in Deutschland ausgeübten Tätigkeiten des Baues und der Projektierung wassertechnischer Anlagen ab.

Eine Überprüfung, ob die hier ausschreibungsgegenständlichen Leistungen von den Tätigkeiten, die Gegenstand der Rechtsauskunft des BMWFJ waren, abgedeckt sind, erfordert aber in jedem Fall entsprechende Feststellungen zum gegenständlichen Ausschreibungsgegenstand, die jedoch fehlen. In diesem Zusammenhang ist auch von Belang, dass die Revisionswerberin - schon im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren - vorgebracht hat, dass die von der Zuschlagsempfängerin in Deutschland ausgeübte (und im Schreiben des BMWFJ aus dem Jahr 2011 angesprochene) Tätigkeit der Projektierung und des Baues von wasser- und abwassertechnischen Anlagen mit dem im Hinblick auf das Leistungsbild der vorliegenden Ausschreibung erforderlichen Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik nicht deckungsgleich sei. Auch in dieser Hinsicht finden sich im angefochtenen Bescheid keine Feststellungen.

Soweit die belangte Behörde festhält, dass - wenn für die Errichtung der Schwimmbadtechnik in Österreich die Befugnis des Gas- und Sanitärgewerbes ausreicht - dies auch für ein in Deutschland ansässiges Unternehmen gelten müsse, legt sie - soweit sie damit zum Ausdruck bringen möchte, dass die Zuschlagsempfängerin über ein mit dem uneingeschränkten Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik vergleichbares deutsches Gewerbe verfügt - nicht dar, auf Grund welcher Feststellungen sie das Vorliegen einer derart uneingeschränkten gewerberechtlichen Befugnis annimmt.

6. Auf Grund der somit fehlenden Feststellungen entzieht sich der angefochtene Bescheid insoweit einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof und war daher gemäß § 42 Abs. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

[...]"

Mit Schriftsatz vom 22.10.2015 brachte die Antragstellerin beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich einen Antrag auf Fortsetzung des Feststellungsverfahrens „zur Zahl Senat-AB-13-0246, welches seinerzeit noch vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Niederösterreich geführt wurde“ ein. Für den Fortsetzungsantrag und den Gang des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zur Zahl LVwG-AV-1148/001-2015 samt Feststellungen sei auf das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 27.05.2015, Zl. LVwG-AV-1148/001-2015 verwiesen.

Gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich wurde von der Antragstellerin eine außerordentliche Revision erhoben. Mit Erkenntnis vom 23.11.2016, Zl. *** gab der Verwaltungsgerichtshof der Revision statt und behob das angefochtene Erkenntnis infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgrund der Nichtdurchführung einer mündlichen Verhandlung. Dabei führte der Verwaltungsgerichtshof aus wie folgt:

„Die Revisionswerberin führt in ihrer Begründung der Zulässigkeit unter anderem die unterbliebene Durchführung einer (von ihr beantragten) mündlichen Verhandlung ins Treffen. Weiters bringt sie vor, dass die angefochtene Entscheidung entgegen den Vorgaben des hg. Erkenntnisses *** keine ausreichenden Feststellungen enthalte.

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

Es kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob die Feststellungen des Verwaltungsgerichtes über den Berechtigungsumfang der Zuschlagsempfängerin und über den vorliegenden Ausschreibungsgegenstand sowie über das Verhältnis dieser zueinander bzw. zur Auskunft des BMWFJ aus dem Jahr 2011 ausreichend sind, weil bereits dem Revisionsvorbringen zur unterlassenen mündlichen Verhandlung Berechtigung zukommt.

Nach § 14 Abs. 2 des Niederösterreichischen Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ Verg-NG) kann die Verhandlung - soweit dem Art. 6 EMRK nicht entgegensteht - ungeachtet eines (hier vorliegenden) Parteiantrages entfallen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der verfahrenseinleitende Antrag abzuweisen ist (Z 3).

Auch wenn § 14 Abs. 2 NÖ Verg-NG - anders als § 24 Abs. 4 VwGG bzw. § 316 Abs. 1 BVergG 2006 – nicht ausdrücklich auf Art. 47 GRG Bezug nimmt, sind die diesbezüglichen Vorgaben vorliegend zu beachten (vgl. zu diesen Vorgaben das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 2013, 2010/15/0196).

Fallbezogen ist von Bedeutung, dass das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis eine ergänzende Beweiswürdigung vorgenommen hat. Zudem hat die Revisionswerberin nicht nur in ihrer Revision fehlende Feststellungen moniert bzw. die Richtigkeit der vom Verwaltungsgericht unter Bezugnahme auf die eingeholten Stellungnahmen getroffenen Feststellungen bestritten, sondern sie hat bereits in ihrer - im angefochtenen Erkenntnis wiedergegebenen - Stellungnahme vom 20. Mai 2016 dargelegt, welche Schlussfolgerungen aus den eingeholten Stellungnahmen der IHK *** und der HWK *** für den Umfang der Befugnis der Zuschlagsempfängerin ihrer Ansicht nach zu ziehen seien, und somit konkretes sachverhaltsbezogenes Vorbringen erstattet. Ausgehend davon konnte nicht allein auf Grund der Aktenlage als feststehend angenommen werden, dass der Antrag der Revisionswerberin abzuweisen und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht erforderlich war (vgl. zur ergänzenden Beweiswürdigung durch das Verwaltungsgericht das hg. Erkenntnis vom 2. August 2016, Ra 2014/05/0058).

Schon aus diesem Grund belastete das Verwaltungsgericht das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit.

Ergänzend ist Folgendes anzumerken:

Die Revisionswerberin moniert fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dazu, ob sich ein Auftraggeber hinsichtlich der Anforderungen des § 373a GewO 1994 damit begnügen könne, dass der Bieter ein «Industriebetrieb» sei, auch wenn nach dem nationalen (deutschen) Recht dafür ein Befähigungsnachweis nicht erforderlich sei. Die Revisionswerberin nimmt in diesem Zusammenhang ein Abweichen der angefochtenen Entscheidung vom hg. Erkenntnis vom 13. November 1984, 84/04/0088, an, demzufolge grundsätzlich «eine innerstaatliche Anerkennung des Industrieprivilegs notwendig sei». Diesbezüglich genügt der Hinweis auf das Vorerkenntnis ***, in dem der Verwaltungsgerichtshof aus den dort dargelegten Gründen (siehe insbesondere zur nicht vorliegenden Verpflichtung der Auftraggeberin, die Auskunft des BMWFJ aus dem Jahr 2011 auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen, die Pkte. 5.3.1. und 5.3.2.) festgehalten hat, dass dem «Industriebetriebsprivileg» nach § 7 Abs. 5 GewO 1994 fallbezogen keine Relevanz zukomme.

Die Revisionswerberin moniert weiters, das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass vor Angebotsabgabe keine neuerliche Anzeige (im Sinn des § 373a Abs. 4 GewO 1994) zu erfolgen habe. Die angefochtene Entscheidung weiche diesbezüglich auch vom hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 2012, ***, ab, weil ausgesprochen werde, dass für die Ausübung einer besonders gefahrgeneigten Tätigkeit keine Bestätigung nach § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 erforderlich sei. Auch dazu wird auf das Vorerkenntnis *** verwiesen, in dem dargelegt wurde, dass die Erstattung einer weiteren Anzeige aus vergaberechtlicher Sicht - bei Vorliegen der darin genannten, oben wiedergegebenen Voraussetzungen – nicht erforderlich sei.

Dessen ungeachtet war das angefochtene Erkenntnis im Hinblick auf die obigen Ausführungen in der Rz. 9 gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.“

In weiterer Folge wurde das Verfahren mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 28.04.2017, Zl. LVwG-AV-1148/003-2015 eingestellt, da kein weiterer Forstsetzungsantrag mehr gestellt worden war.

Gegen diesen Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich erhob die Antragstellerin erneut außerordentliche Revision. Mit Erkenntnis vom 29.11.2017, Zl. *** gab der Verwaltungsgerichtshof der Revision statt und behob den Beschluss wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes. Dabei führte der Verwaltungsgerichtshof aus wie folgt:

„4. Die Revisionswerberin bringt zur Zulässigkeit vor, das Verwaltungsgericht leite aus § 16 Abs. 9 in Verbindung mit § 11 Abs. 6 NÖ VNG unzutreffender Weise ab, dass nach Aufhebung einer in einem vergaberechtlichen Feststellungsverfahren ergangenen Entscheidung durch den Verwaltungsgerichtshof ein nochmaliger Feststellungsantrag notwendig wäre.

Die Revision ist im Hinblick auf dieses Vorbringen zulässig und auch berechtigt.

5. Die maßgeblichen Regelungen des NÖ VNG lauten auszugsweise:

«§ 1 Geltungsbereich

(1) Dieses Gesetz regelt die Nachprüfung von Entscheidungen eines Auftraggebers im Sinne der Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) in einem Vergabeverfahren, das gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fällt.

(2) Die Nachprüfung umfasst:

...

1. Folgende Nachprüfungsverfahren beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich:

- das Verfahren zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 13)
- das Verfahren zur Nichtigerklärung (§ 15)
- das Feststellungsverfahren einschließlich der Nichtigerklärung des Vertrages und der Unwirksamklärung des Widerrufs sowie der Verhängung von Sanktionen (§§ 16 und 16a).

...

§ 4 Zuständigkeiten des Landesverwaltungsgerichtes

...

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig

1.

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (§ 15).

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Landesverwaltungsgericht zuständig,

1. zur Feststellung, ob im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, und zusätzlich

...

§ 5 Einleitung des Verfahrens zur Nichtigerklärung

(1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. In einem kann beantragt werden, nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen, die dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung zeitlich vorangegangen sind, nachzuprüfen.

...

(3) Dem Antrag auf Nachprüfung kommt - unbeschadet der Bestimmungen des § 13 über die einstweiligen Verfügungen - keine aufschiebende Wirkung für das Vergabeverfahren zu.

§ 6 Einleitung des Feststellungsverfahrens

(1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass

...

2. wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den

Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder

...

§ 11 Nachprüfungsfristen

...

(6) Anträge gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 und 3 sind binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw. vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.

§ 16 Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung des Vertrages und Verhängung von Sanktionen

...

(9) Wird ein Erkenntnis oder Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, so hat das Landesverwaltungsgericht auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, unter Zugrundelegung der festgestellten Rechtsanschauung festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war. Wird bis zum Ablauf der Frist nach § 11 Abs. 6 kein Antrag gestellt, ist das Verfahren formlos einzustellen. § 11 Abs. 6 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Zeit eines Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof oder vor dem Verwaltungsgerichtshof nicht einzurechnen ist.

(10) Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Bis zur Stellung eines entsprechenden Antrages ruht das Verfahren. Wird bis zum Ablauf der Frist nach § 11 Abs. 6 kein Antrag gestellt, ist das Verfahren formlos einzustellen.»

6. Das Verwaltungsgericht geht offenbar davon aus, dass nach Aufhebung der im gegenständlichen Verfahren ergangenen Entscheidungen (des UVS bzw. des Landesverwaltungsgerichtes) jeweils ein auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin gerichteter «Fortsetzungsantrag» durch die Revisionswerberin zu stellen gewesen wäre. Diese Auffassung besteht aus folgenden Gründen nicht zu Recht:

Unstrittig ist vorliegend, dass das zugrunde liegende Verfahren mit einem Feststellungsantrag der Revisionswerberin eingeleitet worden ist, dem kein Antrag auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung vorausgegangen ist.

Die vom Verwaltungsgericht begründend herangezogene Regelung des § 16 Abs. 9 NÖ VNG überbindet es dem Unternehmer, «der den Nachprüfungsantrag gestellt hat,» im Fall einer Zuschlagserteilung vor der aufhebenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes binnen der Frist des § 11 Abs. 6 NÖ VNG einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers zu stellen, widrigenfalls das Verfahren formlos einzustellen ist.

Zwar wird der Begriff «Nachprüfungsverfahren» in § 1 Abs. 2 Z 2 NÖ VNG als Überbegriff für (u.a.) «Verfahren zur Nichtigerklärung» und «Feststellungsverfahren» verwendet. Allerdings wird in § 5 NÖ VNG im Zusammenhang mit der Einleitung des Verfahrens zur Nichtigerklärung explizit vom Antrag auf Nachprüfung gesprochen.

Jedenfalls aus der Umschreibung des Tatbestandes, an den die Regelung des § 16 Abs. 9 NÖ VNG anknüpft, ergibt sich aber unzweifelhaft, dass sie nur für Unternehmer gilt, die ursprünglich einen Nichtigerklärungsantrag gestellt haben. Da ein Feststellungsantrag erst nach Zuschlagserteilung gestellt werden kann (§ 4 NÖ VNG), wäre eine gesonderte Regelung für den Fall einer Zuschlagserteilung vor der aufhebenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes in einem vergaberechtlichen Feststellungsverfahren nämlich sinnlos, weil der Zuschlag voraussetzungsgemäß bereits vor Einleitung des Verfahrens - und somit vor jeglicher Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes - erteilt worden sein muss (vgl. zur früheren Fassung des § 16 NÖ VNG das Erkenntnis VwGH 11.10.2007, 2006/04/0119, mit dem ausgesprochen wurde, dass der ursprüngliche, auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag durch den gesonderten Antrag zu einem Feststellungsantrag modifiziert wird). Noch deutlicher

kommt dieses Verständnis bei der (ähnlich gelagerten) Regelung des § 16 Abs. 10 NÖ VNG zum Ausdruck, die von der Zuschlagserteilung «während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens» spricht, bei dem es sich - ungeachtet des verwendeten Begriffs - im Hinblick auf die Zuständigkeitsregelung in § 4 NÖ VNG nur um ein Verfahren zur Nichtigerklärung handeln kann.

Die dem § 16 Abs. 9 NÖ VNG inhaltlich entsprechende bundesgesetzliche Regelung des § 331 Abs. 4 Z 2 BVergG 2006 stellt denn auch ausdrücklich auf die Aufhebung einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes «über den Antrag auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung» ab.

Dieses Verständnis ist auch vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Regelung zu sehen. Da eine Fortführung eines auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung gerichteten Verfahrens als solches nach der Zuschlagserteilung angesichts der Zuständigkeitsregelungen (sowohl des NÖ VNG als auch des BVergG 2006) nicht mehr in Betracht kommt (vgl. zur entsprechenden bundesgesetzlichen Regelung Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], Bundesvergabegesetz 2006, § 331 Rz. 28), wird dem antragstellenden Unternehmer (der sein primäres Ziel – nämlich die Nichtigerklärung der von ihm angefochtenen Auftraggeberentscheidung – im Hinblick auf die zwischenzeitige Zuschlagserteilung nicht mehr erreichen kann) zumindest ermöglicht, die Weiterführung des Verfahrens als Feststellungsverfahren zu begehren. Eine (gleichsam) Erneuerung eines ohnehin bereits gestellten Feststellungsantrags nach Aufhebung der im ersten Rechtsgang ergangenen Entscheidung durch den Verwaltungsgerichtshof ist hingegen nicht geboten.

7. Das Verwaltungsgericht ist somit zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Revisionswerberin vorliegend einen «Fortsetzungsantrag» hätte stellen müssen und das Verfahren daher mangels eines derartigen Antrags einzustellen war. Der angefochtene Beschluss war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.“

2. Zum gegenständlichen Antrag:

Wie im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29.11.2017, Zl. ***, ausgeführt wurde, ist der von der Antragstellerin am 29.08.2013 eingebrachte Feststellungsantrag auf auch für das laufende Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich nach wie vor relevant und ist dieser somit diesem Verfahren zu Grunde zu legen.

3. Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

Zu den Ermittlungsverfahren in den Verfahren vor dem UVS NÖ bzw. dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zu den Zl. Senat-AB-13-0246, LVwG-AV-1148/001-2015 und LVwG-AV-1148/003-2015 sei auf die jeweils in diesen Verfahren ergangenen Bescheide bzw. Erkenntnisse verwiesen, welche den jeweiligen Akten inne liegen.

Im nunmehrigen Verfahren zur Zahl LVwG-AV-1148/005-2015 ersuchte das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) mit Schreiben vom 22.03.2018 um Stellungnahme, ob die ausschreibungsgegenständlichen Tätigkeiten betreffend das Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik“ von der vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ) erteilten Rechtsauskunft vom 10.01.2011 erfasst sind und somit die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Grundlage der erteilten Auskunft befugt war, diese Tätigkeiten zu erbringen.

Das BMDW übermittelte am 10.04.2018 nachstehende Stellungnahme:

„Zunächst ist festzuhalten, dass dem ho. Schreiben vom 10.01.2011, Zl. ***, an die D GmbH nicht das von der Gesellschaft zur grenzüberschreitenden Ausübung in Österreich angezeigte Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik, sondern das von der Gesellschaft am 11.11.2004 in der Bundesrepublik Deutschland als Industriebetrieb angemeldete Gewerbe mit der Bezeichnung Bau und Projektierung wassertechnischer Anlagen zu Grund gelegen ist. Dem ho. Bundesministerium war zum damaligen Zeitpunkt die genaue Art der von der Gesellschaft in Österreich geplanten Tätigkeiten nicht bekannt; es ist davon ausgegangen, dass von der Gesellschaft mit von ihr in der Bundesrepublik Deutschland vorgefertigten Elementen aus Metall oder Kunststoff in Österreich wassertechnische Anlagen, wie etwa Wasseraufbereitungsanlagen, errichtet werden sollen.

Der Bau wassertechnischer Anlagen kann unter bestimmten Umständen dem Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik zugeordnet werden; er stellt aber jedenfalls nur eine Teiltätigkeit dieses Gewerbes dar.

Die Errichtung der Badewasseraufbereitungsanlage im bestehenden Schwimmbecken des Hallenbades in *** und die Verbauung zusätzlicher Bodendüsen findet in dem von der Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland damals befugt ausgeübten Gewerbe Deckung.

Was die Neuerrichtung des Nichtschwimmer- und Kinderbeckens in Betonbauweise betrifft, so handelt es sich hierbei um eine dem Baumeistergewerbe vorbehaltene Tätigkeit. Von der in Rede stehenden Gesellschaft ist die grenzüberschreitende Ausübung dieses - nicht dem Industrieprivileg unterliegenden - Gewerbes dem ho. Bundesministerium nicht angezeigt worden.

Bemerkt sei, dass das ho. Bundesministerium ohne Kenntnis der in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen eindeutige Feststellungen über die Zuordnung des Baues von wassertechnischen Anlagen zu bestimmten Gewerben nicht getroffen werden können. Solche Feststellungen sind nur im Rahmen eines Verfahrens gemäß § 349 Abs. 1 GewO 1994, in dem auch die Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 GewO 1994 zu berücksichtigen sind, möglich.“

Mit Schreiben vom 20.04.2018 wurde sowohl die E als auch die F unter Übermittlung des verfahrensgegenständlichen Leistungsverzeichnisses um Stellungnahme dahingehend ersucht, ob die Zuschlagsempfängerin die im Leistungsverzeichnis angeführten Tätigkeiten im Jahr 2013 in Deutschland ausüben hätte dürfen.

Mit Schreiben vom 15.05.2018 übermittelte die F folgende Stellungnahme an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich:

„Bezug nehmend Ihre Anfrage vom 20.04.2018 teilen wir Ihnen mit, dass die D GmbH nicht als Mitglied der F eingetragen war bzw. ist.

Gemäß Rücksprache mit der E war das Unternehmen dort als 100%iges Mitglied geführt.

Nach Prüfung des beigelegten Leistungsverzeichnisses ist davon auszugehen, dass es sich um wesentliche Leistungen des zulassungspflichtigen Handwerkes Installateur und Heizungsbauers handelt und somit eine Eintragung bei der F hätte vorliegen müssen.

Zum 30.01.2015 wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet.“

Mit Schreiben vom 23.05.2018 übermittelte die E folgende Stellungnahme an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich:

„Sie teilen mit, dass die Firma D GmbH erfolgreich an einem Vergabeverfahren der Stadtgemeinde ***, ***, *** teilgenommen hat. Die vorbezeichnete Firma erhielt den Zuschlag für den Teilbereich «Schwimmbadtechnik». Für diesen Teilbereich übernahm die Firma die Planung sowie die bauliche Ausführung und Inbetriebnahme.

Nunmehr stellt sich die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin im Jahr 2013 in Deutschland berechtigt gewesen wäre, die im Rahmen des Auftrags geschuldeten Tätigkeiten auszuüben.

Wie sich aus den übersandten Vergabeunterlagen ergibt, war im Rahmen des Auftrages die gesamte Betriebsfähigkeit der vorhandenen Schwimmbecken herzustellen. Das heißt, diese waren an die Frischwasserversorgung und das Abwassersystem anzuschließen. Dazu waren die nötigen Rohleitungen zu installieren und mit Pumpsystemen auszustatten. Ebenso war die Wasseraufbereitung mittels Chlorzumischung sicherzustellen sowie die Wasserzirkulation zwischen den einzelnen Becken. Die ausgeführten Systeme waren dabei über Schaltstellen ansteuerbar auszugestalten und mit Mess- und Regeltechnik zu versehen. Schließlich war die Inbetriebnahme aller Anlagen geschuldet. Für Details der Auftragsgestaltung wird auf die Vergabeunterlagen verwiesen.

Nach unserer Auffassung entspricht die bauliche Ausführung der vorbezeichneten Anlagen und Systeme der Tätigkeit des Installateurs und Heizungsbauers (vgl. 5 2 I

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreich, <http://www.lvwg.noel.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at