

TE Verg Bescheid 2012/9/6 VKS-7799/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.09.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1
WVRG 2007 §2 Abs1
WVRG 2007 §11 Abs1 und 2
WVRG 2007 §13
WVRG 2007 §18
WVRG 2007 §19
WVRG 2007 §20
WVRG 2007 §23 Abs1
WVRG 2007 §24 Abs1
WVRG 2007 §25 Abs1
WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit
BVerG 2006 §2 Z16 lita sublitaa
BVerG 2006 §4
BVerG 2006 §12
BVerG 2006 §123
BVerG 2006 §125
BVerG 2006 §129 Abs1 Z2, 3, 11
BVerG 2006 §130 sowie
GewO 1994

1. BVerG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVerG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVerG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVerG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVerG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVerG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVerG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVerG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVerG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVerG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVerG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft ***, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Bauauftrages "5230 Fassade; Krankenhaus Nord; 1210 Wien, Brünner Straße 68" durch die Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN, Grinzing Allee 3, 1190 Wien, diese vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 10.7.2012 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 24.7.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 4, 12, 129 Abs. 1 Z 2, 3 und 11, 123, 125, 130 BVergG 2006 sowie § 32 GewO 1994. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 4, 12, 129 Absatz eins, Ziffer 2, 3 und 11, 123, 125, 130 BVergG 2006 sowie Paragraph 32, GewO 1994.

Begründung

Die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellerbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord. Es handelt sich dabei um die Herstellung der Fassade des zukünftigen Krankenhauses. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Angebotsende war der 22.5.2012, 10.00 Uhr, die Angebotsöffnung fand anschließend statt.

Insgesamt haben sich fünf Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Deren Angebot wurde im Zuge der Angebotseröffnung mit einer um Euro 76,65 höheren Angebotssumme als an zweiter Stelle liegend verlesen.

Mit Schreiben vom 10.7.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage im E-Mail Wege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag der preislich an erster Stelle liegenden Bieterin erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 19.7.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte

Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihrer Anträge führt die Antragstellerin aus, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde es an der erforderlichen Befugnis mangeln bzw. habe sie notwendige Subunternehmer nicht genannt. Auf Grund ihrer Gewerbeberechtigung dürfe sie nämlich Leistungen eines Steinmetzmeisters, die Herstellung einer Keramikfassade sowie die Aufstellung von Gerüsten nicht durchführen. Letztlich macht sie geltend, der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angegebene Gesamtpreis sei nicht plausibel zusammengesetzt, weil zu vermuten sei, dass sie entgegen ihren Angaben im Angebot beabsichtigt, dennoch notwendige Subunternehmer einzusetzen. Dieser Umstand müsste sich bei einer Überprüfung des Formblattes K 7 feststellen lassen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher mangels Befugnis bzw. wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung der Gesamtpreise auszuschneiden, worauf die Antragstellerin selbst den Zuschlag erhalten müsste. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 19.7.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihrer Anträge führt die Antragstellerin aus, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde es an der erforderlichen Befugnis mangeln bzw. habe sie notwendige Subunternehmer nicht genannt. Auf Grund ihrer Gewerbeberechtigung dürfe sie nämlich Leistungen eines Steinmetzmeisters, die Herstellung einer Keramikfassade sowie die Aufstellung von Gerüsten nicht durchführen. Letztlich macht sie geltend, der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angegebene Gesamtpreis sei nicht plausibel zusammengesetzt, weil zu vermuten sei, dass sie entgegen ihren Angaben im Angebot beabsichtigt, dennoch notwendige Subunternehmer einzusetzen. Dieser Umstand müsste sich bei einer Überprüfung des Formblattes K 7 feststellen lassen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher mangels Befugnis bzw. wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung der Gesamtpreise auszuschneiden, worauf die Antragstellerin selbst den Zuschlag erhalten müsste.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und daran auch interessiert. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin sowohl ein finanzieller als auch sonstiger Schaden, insbesondere durch Entgang eines kalkulierten Gewinnes, der im einleitenden Schriftsatz näher beziffert wird, sowie durch den Verlust der bisher zur Wahrung ihrer Rechtsposition aufgewendeten Kosten. Dazu käme der Verlust eines für sie wichtigen Referenzauftrages.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Durchführung eines Verfahrens nach den Bestimmungen des BVerfGG, insbesondere auf ordnungsgemäße Prüfung und Bewertung der Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbedingungen, hier wieder insbesondere im Hinblick auf die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, sowie auf die Prüfung der Angebote auf angemessene Preise und die gesetzmäßige Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung, auf Ausscheiden nicht geeigneter Bieter bzw. Angebote und in diesem Sinne auch auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.7.2012 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 26.7.2012 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als teilnahmeberechtigte Partei dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, es treffe zwar zu, dass sie über keine Gewerbeberechtigung als Steinmetzmeister bzw. Baumeister verfüge. Sämtliche ausgeschriebenen Leistungen seien jedoch vom Umfang ihrer Gewerbeberechtigung umfasst. Konkret gehe es nicht um irgendeine spezifische Technik der Bearbeitung von Stein oder Keramik sondern vielmehr um das "Einhängen" von Platten in eine vorher angebrachte metallene Unterkonstruktion mit Wärmedämmung. Aufgehängt werden sollen industriell fertig angelieferte Platten, wobei es keinen Unterschied mache, aus welchem Material die Platten hergestellt sind. Diese Tätigkeit sei schon vom Kernbereich her von der Gewerbeberechtigung der Teilnahmeberechtigten umfasst. Sollten jedoch diese Tätigkeiten als nicht vom Kernbereich der Gewerbeberechtigung der Teilnahmeberechtigten umfasst sein, komme für diese Leistungen die Bestimmung des § 32 Abs. 1 Z 1 erster Fall GewO zum Tragen. Die Anbringung der Stein- und Keramikplatten seien bloße Vollendungsarbeiten geringen Umfanges im Verhältnis zur Gesamtleistung. Überdies stellten sie eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung der eigenen Leistung dar. Im Hinblick auf die Bestimmung des § 32 GewO benötige die Teilnahmeberechtigte auch keine Subunternehmer, weshalb sie solche auch nicht genannt habe.

Soweit die Antragstellerin den Vorwurf der mangelnden Preisplausibilität erhebe, baut sie ihre unzutreffende Annahme darauf auf, dass die Teilnahmeberechtigte Subunternehmer zum Einsatz bringe. Sonstige, konkrete Tatsachenbehauptungen seien nicht erstattet worden. Mit Schriftsatz vom 26.7.2012 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als teilnahmeberechtigter Partei dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, es treffe zwar zu, dass sie über keine Gewerbeberechtigung als Steinmetzmeister bzw. Baumeister verfüge. Sämtliche ausgeschriebenen Leistungen seien jedoch vom Umfang ihrer Gewerbeberechtigung umfasst. Konkret gehe es nicht um irgendeine spezifische Technik der Bearbeitung von Stein oder Keramik sondern vielmehr um das "Einhängen" von Platten in eine vorher angebrachte metallene Unterkonstruktion mit Wärmedämmung. Aufgehängt werden sollen industriell fertig angelieferte Platten, wobei es keinen Unterschied mache, aus welchem Material die Platten hergestellt sind. Diese Tätigkeit sei schon vom Kernbereich her von der Gewerbeberechtigung der Teilnahmeberechtigten umfasst. Sollten jedoch diese Tätigkeiten als nicht vom Kernbereich der Gewerbeberechtigung der Teilnahmeberechtigten umfasst sein, komme für diese Leistungen die Bestimmung des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall GewO zum Tragen. Die Anbringung der Stein- und Keramikplatten seien bloße Vollendungsarbeiten geringen Umfanges im Verhältnis zur Gesamtleistung. Überdies stellten sie eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung der eigenen Leistung dar. Im Hinblick auf die Bestimmung des Paragraph 32, GewO benötige die Teilnahmeberechtigte auch keine Subunternehmer, weshalb sie solche auch nicht genannt habe. Soweit die Antragstellerin den Vorwurf der mangelnden Preisplausibilität erhebe, baut sie ihre unzutreffende Annahme darauf auf, dass die Teilnahmeberechtigte Subunternehmer zum Einsatz bringe. Sonstige, konkrete Tatsachenbehauptungen seien nicht erstattet worden.

Mit Schriftsatz vom 27.7.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst allgemein ausgeführt, dass die beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft, auf deren Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, zumindest im Zuge ihrer Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 befugt wären, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Sämtliche auftragsgegenständlichen Leistungen seien darüber hinaus vom "Kernbereich" der Gewerbebefugnis der Teilnahmeberechtigten gedeckt. Ein Abstellen auf die Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 sei daher gar nicht notwendig. Sowohl bei der Stein- als auch der Keramikfassade handle es sich um eine reine Trockenbaumontage, wobei vorgefertigte bzw. vorgebohrte Fassadenteile vor Ort in die Schienen eines Edelstahlgerüsts eingesetzt und montiert werden. Dies seien klassische Metallbauleistungen. Bei den zu montierenden Teilen der Stein- bzw. Keramikfassade handle es sich sohin um bloße Zulieferleistungen, wofür Subunternehmer nicht namhaft zu machen seien. Alle übrigen Leistungen seien durch die Gewerbeberechtigung Metalltechniker (Schlosser) ausreichend abgedeckt. Soweit die Antragstellerin geltend mache, für das Aufstellen eines (statisch relevanten) Gerüsts bedürften Schlosser bzw. Metalltechniker oder Glaser der Gewerbeberechtigung eines Baumeisters, sei dies unrichtig. Zunächst verweist die Antragsgegnerin darauf, dass das Aufstellen von Gerüsten, insbesondere Schutzgerüsten sowie sonstigen SiGe-Maßnahmen bereits mit dem Baumeisterlos für das Projekt Neubau Krankenhaus Nord abgedeckt ist (also vom Auftragnehmer für die Baumeisterarbeiten und nicht vom Auftragnehmer für die Fassadenarbeiten zu erbringen sind). Auch die Antragstellerin gehe davon aus, dass die Gewerbeberechtigung Metalltechniker (Schlosser) für die gesamte Leistungserbringung ausreichend sei. Im Übrigen sei die Teilnahmeberechtigte zum Aufstellen auch statisch belangreicher Gerüste im Rahmen ihrer sonstigen Rechte gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 befugt. Zur behaupteten mangelnden plausiblen Preisgestaltung verweist die Antragsgegnerin zunächst darauf, dass eine vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich des Angebotes der Teilnahmeberechtigten durchgeführt worden sei und die von dieser angebotenen Preise bis auf Positionsebene geprüft, für plausibel und somit für betriebswirtschaftlich erklärbar befunden worden seien. Im Übrigen weist sie darauf hin, dass der von der Antragstellerin angebotene Preis lediglich Euro 76,65 (netto) höher als der von der Teilnahmeberechtigten angebotene Preis sei. Würde man den Preis der Teilnahmeberechtigten als nicht plausibel qualifizieren, müsste man zwangsläufig davon ausgehen, dass auch der von der Antragstellerin angebotene Preis ebenfalls nicht plausibel wäre. Mit Schriftsatz vom 27.7.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst allgemein ausgeführt, dass die beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft, auf deren Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, zumindest im Zuge ihrer Nebenrechte gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 befugt wären, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Sämtliche auftragsgegenständlichen Leistungen seien darüber hinaus vom "Kernbereich" der Gewerbebefugnis der Teilnahmeberechtigten gedeckt. Ein Abstellen auf die Nebenrechte gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 sei daher gar nicht notwendig. Sowohl bei der

Stein- als auch der Keramikfassade handle es sich um eine reine Trockenbaumontage, wobei vorgefertigte bzw. vorgebohrte Fassadenteile vor Ort in die Schienen eines Edelstahlgerüsts eingesetzt und montiert werden. Dies seien klassische Metallbauleistungen. Bei den zu montierenden Teilen der Stein- bzw. Keramikfassade handle es sich sohin um bloße Zulieferleistungen, wofür Subunternehmer nicht namhaft zu machen seien. Alle übrigen Leistungen seien durch die Gewerbeberechtigung Metalltechniker (Schlosser) ausreichend abgedeckt. Soweit die Antragstellerin geltend mache, für das Aufstellen eines (statisch relevanten) Gerüsts bedürften Schlosser bzw. Metalltechniker oder Glaser der Gewerbeberechtigung eines Baumeisters, sei dies unrichtig. Zunächst verweist die Antragsgegnerin darauf, dass das Aufstellen von Gerüsten, insbesondere Schutzgerüsten sowie sonstigen SiGe-Maßnahmen bereits mit dem Baumeisterlos für das Projekt Neubau Krankenhaus Nord abgedeckt ist (also vom Auftragnehmer für die Baumeisterarbeiten und nicht vom Auftragnehmer für die Fassadenarbeiten zu erbringen sind). Auch die Antragstellerin gehe davon aus, dass die Gewerbeberechtigung Metalltechniker (Schlosser) für die gesamte Leistungserbringung ausreichend sei. Im Übrigen sei die Teilnahmeberechtigte zum Aufstellen auch statisch belangreicher Gerüste im Rahmen ihrer sonstigen Rechte gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 befugt. Zur behaupteten mangelnden plausiblen Preisgestaltung verweist die Antragsgegnerin zunächst darauf, dass eine vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich des Angebotes der Teilnahmeberechtigten durchgeführt worden sei und die von dieser angebotenen Preise bis auf Positionsebene geprüft, für plausibel und somit für betriebswirtschaftlich erklärbar befunden worden seien. Im Übrigen weist sie darauf hin, dass der von der Antragstellerin angebotene Preis lediglich Euro 76,65 (netto) höher als der von der Teilnahmeberechtigten angebotene Preis sei. Würde man den Preis der Teilnahmeberechtigten als nicht plausibel qualifizieren, müsste man zwangsläufig davon ausgehen, dass auch der von der Antragstellerin angebotene Preis ebenfalls nicht plausibel wäre.

In diesem Schriftsatz hat die Antragsgegnerin erstmalig vorgebracht, die Antragslegitimation der Antragstellerin sei nicht gegeben, weil deren Angebot wegen Vorliegens mehrfacher Mängel und Nichtbefolgung von Verbesserungsaufträgen auszuschneiden gewesen wäre. Eine Ausscheidungsentscheidung habe die Antragsgegnerin jedoch nicht getroffen, jedoch seien die unbehebbar Mängel aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens klar erkennbar. So habe die Antragstellerin nicht fristgerecht von ihr verlangte Nachweise vollständig erstattet. Die Antragstellerin habe gegen Punkt 3.2 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen, WD 307, verstoßen, indem sie für die von ihr genannten Subunternehmer keine Subunternehmererklärungen beigebracht habe. Drei Subunternehmererklärungen würden falsche Unternehmen betreffen. Eine Subunternehmerklärung enthalte eine rechtsunwirksame Verpflichtungserklärung. Hinsichtlich zweier Subunternehmer liege eine entsprechende Dienstleistungsanzeige nicht vor. Mit dem Ausfüllen der Beilage 13.07.2 zum Angebot (Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen) habe die Antragstellerin erklärt, sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit betreffend Teilleistungen auf Subunternehmer zu berufen. Durch den (teilweisen) Wegfall von namhaft gemachten Subunternehmern bzw. durch das Nichterfüllen von Kriterien durch Subunternehmer sei die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben. Eine von ihr gelegte Referenz sei nicht zu berücksichtigen, da sie nicht entsprechend rechtsgültig gefertigt sei. All diese Gründe seien geeignet, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, weshalb es ihr an der erforderlichen Antragslegitimation fehle.

Zu diesem Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 27.8.2012 ausführlich unter Bezugnahme auf einschlägige Judikatur Stellung genommen und bestritten, dass sich die Teilnahmeberechtigte hinsichtlich der Herstellung der Stein- und Keramikfassaden-Elemente auf die Bestimmung des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 berufen könne. Bei der Frage, was unter "geringfügig" zu verstehen sei, komme es auch auf die absolute Größe dieser Leistungen an. Gegenständlich sei dafür ein Gegenwert von über Euro 2.000.000,-- zu veranschlagen, womit von einer "Geringfügigkeit" nicht mehr gesprochen werden könne. Die Teilnahmeberechtigte hätte jedenfalls Subunternehmer nennen müssen, weil die Herstellung der Fassadenteile als Sonderanfertigung jedenfalls eine werkvertragliche Tätigkeit und keine bloße Lieferleistung darstelle. Nach den Marktkennntnissen der Antragstellerin könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese Fassadenteile keinesfalls in einem eigenen Werk herstellen, eine Herstellung in einem Fremdwerk sei aber als Subunternehmertätigkeit zu qualifizieren. Bei der Beurteilung der Frage der Geringfügigkeit des Nebenrechtes sei es unzulässig, einzelne Teilbereiche "heraus zu rechnen", wie etwa die Materialkosten. Sowohl für den Einkauf als auch die Bearbeitung von Material sei eine Fachkunde erforderlich, dies von der Montage zu trennen wäre willkürlich. Sofern die Antragsgegnerin vorbringe, dass das Aufstellen von Gerüsten bereits mit dem Baumeisterlos beim Krankenhaus Nord abgedeckt wäre, also der Baumeister die Gerüste für die Fassadenarbeiten aufstellen würde, sei auszuführen, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass nicht doch

Gerüste benötigt werden. Es bleibe dabei, dass statisch belangreiche Gerüste vom Metalltechniker nicht aufgestellt werden dürfen. Nach dem gegenständlichen Leistungsverzeichnis seien die erforderlichen Gerüste in die Leistungen vollständig einzukalkulieren. Wenn die Gerüste bauseits beigestellt würden, hätte dies im Leistungsverzeichnis entsprechend vermerkt werden müssen, was nicht der Fall sei. Selbst wenn die Teilnehmerebene zum Anbieten und Ausführen sämtlicher ausgeschriebener Leistungen auf Grund der gewerblichen Nebenrechte befugt wäre, so wäre sie dennoch auszuscheiden, weil sie sich dann zumindest gemäß § 32 Abs. 2 GewO 1994 aus Gründen der Sicherheit entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen hätte, die sie nach Überzeugung der Antragstellerin weder bekannt gegeben habe noch über solche verfüge. Zu diesem Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 27.8.2012 ausführlich unter Bezugnahme auf einschlägige Judikatur Stellung genommen und bestritten, dass sich die Teilnehmerebene hinsichtlich der Herstellung der Stein- und Keramikfassaden-Elemente auf die Bestimmung des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 berufen könne. Bei der Frage, was unter "geringfügig" zu verstehen sei, komme es auch auf die absolute Größe dieser Leistungen an. Gegenständlich sei dafür ein Gegenwert von über Euro 2.000.000,-- zu veranschlagen, womit von einer "Geringfügigkeit" nicht mehr gesprochen werden könne. Die Teilnehmerebene hätte jedenfalls Subunternehmer nennen müssen, weil die Herstellung der Fassadenteile als Sonderanfertigung jedenfalls eine werkvertragliche Tätigkeit und keine bloße Lieferleistung darstelle. Nach den Marktkennntnissen der Antragstellerin könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese Fassadenteile keinesfalls in einem eigenen Werk herstellen, eine Herstellung in einem Fremdwerk sei aber als Subunternehmertätigkeit zu qualifizieren. Bei der Beurteilung der Frage der Geringfügigkeit des Nebenrechtes sei es unzulässig, einzelne Teilbereiche "heraus zu rechnen", wie etwa die Materialkosten. Sowohl für den Einkauf als auch die Bearbeitung von Material sei eine Fachkunde erforderlich, dies von der Montage zu trennen wäre willkürlich. Sofern die Antragsgegnerin vorbringe, dass das Aufstellen von Gerüsten bereits mit dem Baumeisterlos beim Krankenhaus Nord abgedeckt wäre, also der Baumeister die Gerüste für die Fassadenarbeiten aufstellen würde, sei auszuführen, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass nicht doch Gerüste benötigt werden. Es bleibe dabei, dass statisch belangreiche Gerüste vom Metalltechniker nicht aufgestellt werden dürfen. Nach dem gegenständlichen Leistungsverzeichnis seien die erforderlichen Gerüste in die Leistungen vollständig einzukalkulieren. Wenn die Gerüste bauseits beigestellt würden, hätte dies im Leistungsverzeichnis entsprechend vermerkt werden müssen, was nicht der Fall sei. Selbst wenn die Teilnehmerebene zum Anbieten und Ausführen sämtlicher ausgeschriebener Leistungen auf Grund der gewerblichen Nebenrechte befugt wäre, so wäre sie dennoch auszuscheiden, weil sie sich dann zumindest gemäß Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994 aus Gründen der Sicherheit entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen hätte, die sie nach Überzeugung der Antragstellerin weder bekannt gegeben habe noch über solche verfüge.

Zur Befugnis des in Deutschland niedergelassenen Mitglieds der teilnehmenden Bietergemeinschaft führt die Antragstellerin aus, dass dieses laut Dienstleistungsregister seine Dienstleistungsanzeige erst nach Ablauf der Angebotsfrist gestellt habe. Auch dies müsste zu einer Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führen. Abschließend bezweifelt die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt hat.

Zum Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach es ihr an der Antragslegitimation und technischen Leistungsfähigkeit fehle, bringt die Antragstellerin zusammengefasst vor, dass sie hinsichtlich des behaupteten Fristversäumnisses ein Ersuchen um Fristerstreckung gestellt habe, das von der Antragsgegnerin nicht beantwortet worden sei. Im Übrigen habe sie die fehlenden Unterlagen zwei Tage später nachgereicht. Es treffe zu, dass die Antragstellerin bei zwei Subunternehmen versehentlich nicht die korrekten Firmenbezeichnungen der operativ tätigen Unternehmen sondern ähnlich lautende Firmenbezeichnungen genannt habe. Die mit dem Angebot abgegebenen Subunternehmererklärungen seien jedoch von den richtigen und tatsächlich als Subunternehmer vorgesehenen Firmen ausgefüllt und unterzeichnet worden. Auch die Auftraggeberin habe erkannt, welche Firmen tatsächlich als mögliche Subunternehmer vorgesehen waren. Soweit drei namhaft gemachte Subunternehmer falsche Subunternehmererklärungen abgegeben haben, handle es sich um das Vorliegen eines behebbaren Mangels. Völlig klar sei, dass diese Unternehmen als Subunternehmer für die Antragstellerin und nicht als "für sich selbst" auftreten wollten. Eine Mitteilung diesbezüglich sei von der Antragsgegnerin bisher nicht erfolgt. Hinsichtlich einer weiteren Subunternehmererklärung sei diese von einem im Zeitpunkt der Ausstellung dazu bevollmächtigten Organ des Unternehmens unterzeichnet worden. Soweit die Antragsgegnerin geltend mache, dass bei zwei Subunternehmen keine Dienstleistungsanzeigen erstattet worden seien, handle es sich bei einem Subunternehmer um ein in Österreich

ansässiges Unternehmen, für das eine Dienstleistungsanzeige nicht notwendig sei. Hinsichtlich des für den Leistungsteil "Steinfassaden" namhaft gemachten Subunternehmers handle es sich nicht um die Erbringung "grenzüberschreitender Leistungen". Dieser Subunternehmer würde lediglich Fassadenteile in seinem Werk in Deutschland herstellen, sie aber nicht selbst (in Österreich) einbauen. Der Einbau würde im Wesentlichen durch einen anderen, namhaft gemachten, in Österreich ansässigen Subunternehmer erfolgen. Da eine "Ausübung einer Tätigkeit in Österreich" durch den deutschen Subunternehmer nicht erfolge, sei eine Dienstleistungsanzeige nicht erforderlich. Im Übrigen sei dieser nunmehr geltend gemachte Ausscheidungsgrund im Zuge des Vergabeverfahrens der Antragstellerin nicht vorgehalten worden. Hinsichtlich des Vorbringens der Antragsgegnerin, eine Referenz würde keine rechtsgültige Unterfertigung des Referenznachweises enthalten, führt die Antragstellerin aus, dass sie zwar zur Mängelbehebung am 15.6.2012 aufgefordert wurde, in diesem Zusammenhang jedoch lediglich verlangt worden sei, "den Namen des Unterzeichners (unleserlich) und das Datum der Unterfertigung" aufzuklären. Eine Aufklärung der Rechtsgültigkeit der Unterschrift sei von der Auftraggeberin weder vor noch nach dieser Aufforderung gefordert worden. Selbstverständlich sei jener Prokurist, der die Referenz gefertigt hat, zur Bestätigung dieser Referenz bevollmächtigt gewesen.

Dieser Stellungnahme ist die Antragsgegnerin ihrerseits mit Replik vom 4.9.2012 entgegen getreten und hat zunächst zur Befugnis des in Deutschland ansässigen Mitgliedes der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft ausgeführt, dieses verfüge nach deutschem Gewerberecht über die Gewerbeberechtigung "Metallbau (Schlosser/Schmied)" und sei damit zur Erbringung sämtlicher auftragsgegenständlicher Leistungen befugt. Umfangreich nimmt die Antragsgegnerin zur Frage der Anwendung der Bestimmung des § 32 GewO 1994 Stellung und gelangt nach Zitierung zahlreicher Judikaturstellen zum Ergebnis, dass die Teilnahmeberechtigte im Rahmen der Regelung des § 32 GewO 1994 zur Erbringung aller Nebenleistungen, zumal sie geringfügigen Umfangs wären, befugt sei. Zu der von der Antragstellerin bestrittenen Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung verweist die Antragsgegnerin auf den Vergabeakt und das Prüfprotokoll. Zu den von ihr geltend gemachten Ausscheidungsgründen und zur mangelnden Antragslegitimation der Antragstellerin führt sie aus, dass diese Mängel keiner Verbesserung zugänglich gewesen wären, weshalb auch ein Vorhalteverfahren nicht erforderlich gewesen sei. Dieser Stellungnahme ist die Antragsgegnerin ihrerseits mit Replik vom 4.9.2012 entgegen getreten und hat zunächst zur Befugnis des in Deutschland ansässigen Mitgliedes der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft ausgeführt, dieses verfüge nach deutschem Gewerberecht über die Gewerbeberechtigung "Metallbau (Schlosser/Schmied)" und sei damit zur Erbringung sämtlicher auftragsgegenständlicher Leistungen befugt. Umfangreich nimmt die Antragsgegnerin zur Frage der Anwendung der Bestimmung des Paragraph 32, GewO 1994 Stellung und gelangt nach Zitierung zahlreicher Judikaturstellen zum Ergebnis, dass die Teilnahmeberechtigte im Rahmen der Regelung des Paragraph 32, GewO 1994 zur Erbringung aller Nebenleistungen, zumal sie geringfügigen Umfangs wären, befugt sei. Zu der von der Antragstellerin bestrittenen Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung verweist die Antragsgegnerin auf den Vergabeakt und das Prüfprotokoll. Zu den von ihr geltend gemachten Ausscheidungsgründen und zur mangelnden Antragslegitimation der Antragstellerin führt sie aus, dass diese Mängel keiner Verbesserung zugänglich gewesen wären, weshalb auch ein Vorhalteverfahren nicht erforderlich gewesen sei.

Die Teilnahmeberechtigte hat ihrerseits mit Schriftsatz gleichfalls vom 4.9.2012 auf das ergänzende Vorbringen der Antragsgegnerin repliziert und ausführlich zur Frage der Anwendung der Bestimmungen des § 32 GewO 1994 Stellung genommen. Zu dem in Deutschland niedergelassenen Mitglied der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft hat sie ausgeführt, dass dieses ohnedies über einen Bescheid nach § 373 c Abs. 1 GewO 1994 vom 21.10.2004 verfüge, wonach die Befähigung in Österreich gegeben sei. Das Vorliegen eines solchen Bescheides aus der Zeit vor der Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie durch die GewO-Novelle 2008 habe seine Wirkung nicht verloren, sodass dieses Unternehmen zur Ausübung des betreffenden Gewerbes weiterhin befugt sei, unabhängig davon, ob eine nach der Neuregelung vorgesehene Anzeige erstattet worden wäre oder nicht. Die Teilnahmeberechtigte hat ihrerseits mit Schriftsatz gleichfalls vom 4.9.2012 auf das ergänzende Vorbringen der Antragsgegnerin repliziert und ausführlich zur Frage der Anwendung der Bestimmungen des Paragraph 32, GewO 1994 Stellung genommen. Zu dem in Deutschland niedergelassenen Mitglied der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft hat sie ausgeführt, dass dieses ohnedies über einen Bescheid nach Paragraph 373, c Absatz eins, GewO 1994 vom 21.10.2004 verfüge, wonach die Befähigung in Österreich gegeben sei. Das Vorliegen eines solchen Bescheides aus der Zeit vor der Umsetzung der

Berufsanerkennungsrichtlinie durch die GewO-Novelle 2008 habe seine Wirkung nicht verloren, sodass dieses Unternehmen zur Ausübung des betreffenden Gewerbes weiterhin befugt sei, unabhängig davon, ob eine nach der Neuregelung vorgesehene Anzeige erstattet worden wäre oder nicht.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 6.9.2012 ausgegangen. Danach wird folgender, entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord. Es handelt sich dabei um die Herstellung der Fassade des zukünftigen Krankenhauses. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Angebotsende war der 22.5.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Das Angebot der Antragstellerin mit einem Preis von Euro 48.865.124,87 (netto) liegt an zweiter Stelle, das Angebot der Teilnehmberechtigten liegt mit einem Preis von Euro 48.865.048,22 (netto) an erster Stelle. Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord. Es handelt sich dabei um die Herstellung der Fassade des zukünftigen Krankenhauses. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Angebotsende war der 22.5.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Das Angebot der Antragstellerin mit einem Preis von Euro 48.865.124,87 (netto) liegt an zweiter Stelle, das Angebot der Teilnehmberechtigten liegt mit einem Preis von Euro 48.865.048,22 (netto) an erster Stelle.

Unter der Leistungsgruppe 97 war die Herstellung einer Steinfassade, unter der Leistungsgruppe 98 die Herstellung einer Keramikfassade anzubieten. In beiden Leistungsgruppen wird Art und Umfang der Leistung wie folgt beschrieben:

"Gegenstand dieses Leistungsverzeichnisses sind Steinarbeiten:

Die Leistung umfasst die Herstellung, Lieferung und Montage von Stein-Elementen, sämtliche Unterkonstruktionen, Dämmungen und Stahlteile der jeweiligen Systeme sowie Anschlusskonstruktionen.

Alle Leistungen umfassen auch die Lieferung der dazugehörigen Stoffe und Bauteile (wie Antriebe) einschließlich Abladen und Lagern auf der Baustelle sowie Transport zur Verwendungsstelle, Einbau, Befestigung und Abdichtung".

Die Beschreibung von Art und Umfang der Leistung in der LG 98 ist praktisch gleichlautend, nur wird darauf hingewiesen, dass auch "Glasarbeiten, Paneel-Elemente und sonstige Ausfachungen" auszuführen sind. Eigene Positionen für das Aufstellen statisch relevanter Gerüste sind im Leistungsverzeichnis nicht enthalten. Es findet sich hier sowohl in der Leistungsgruppe 97 als auch 98 lediglich der Hinweis, dass "alle zur Durchführung der Leistung erforderlichen Arbeitsbühnen, Gerüste, Hebezeuge und Transporteinrichtungen einzukalkulieren (sind), auch jene die laut ÖNORM B 2206, B 2211 und B 2251 nicht als Nebenleistungen gelten ...". Die in beiden Leistungsgruppen auszuführende Montage der Stein-Elemente/Keramikplatten beträgt zusammengerechnet einen deutlich unter 5 % liegenden Anteil an der Gesamtangebotssumme der Teilnehmberechtigten. Die Stein- und Keramikplatten werden nicht von den Bietern hergestellt, sondern nach deren Vorgaben gefertigt, angeliefert und dann von den Bietern montiert. Selbst wenn man den Materialaufwand berücksichtigt, liegt der Anteil der Leistungsgruppen 97 und 98 im Verhältnis zum Gesamtpreis weiterhin deutlich unter 5 %.

Zunächst war das Vorbringen der Antragsgegnerin (Schriftsatz vom 27.7.2012) zu prüfen, wonach das Angebot der Antragstellerin wegen verschiedener, näher bezeichneter Mängel auszuschneiden gewesen wäre, womit auch ihre Antragslegitimation nicht gegeben wäre.

Einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre und der deshalb für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht kommt, fehlt nach ständiger Rechtsprechung des VwGH die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren

(zuletzt VwGH 18.3.2009, Zl. 2007/04/0095; 22.6.2011, Zl.2007/04/0076 u.a.). In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof klargestellt, dass die Nachprüfungsbehörde gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei - auch des Auftraggebers, der den Bieter selbst nicht ausgeschieden hat - zu einer Prüfung verpflichtet ist und diese Verpflichtung darin besteht, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund heranzuziehen (VwGH 27.5.2009, Zl. 2008/04/0041 mit Verweis auf die ständige Vorjudikatur und das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 19.6.2003, in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller). Mangels Antragslegitimation zurückzuweisen ist daher nur der Nachprüfungsantrag eines Bieters, dessen Angebot einen unbehebaren Mangel enthält oder dessen Mangel trotz Verbesserungsauftrags nicht behoben wurde. Dabei ist die Nachprüfungsbehörde bei Prüfung der Antragslegitimation nicht verpflichtet, auch solche Ausschlussgründe aufzugreifen, die nicht auf Grund der Akten ersichtlich sind und dazu Sachverständige beizuziehen. Zurückzuweisen sind daher nur Anträge von Bietern, deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre und dies die Vergabekontrollbehörde aus der Aktenlage klar erkennt (VwGH 18.3.2009, Zl. 2007/04/0095).

Nun hat die Antragsgegnerin zunächst vorgebracht, das Angebot der Antragstellerin wäre deswegen auszuschneiden gewesen, weil sie nicht fristgerecht diverse Nachweise vorgelegt habe, wozu sie unter Fristsetzung mit Schreiben vom 15.6.2012 bis 20.6.2012, 12.00 Uhr aufgefordert worden wäre. Nach der Aktenlage hat die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 20.6.2012 einen Teil der verlangten Nachweise nachgereicht, jedoch die Zeichnungsberechtigungen betreffend der von ihr genannten Subunternehmer G*** GmbH, D*** GmbH & C*** GmbH nicht vorgelegt sondern dazu um Fristerstreckung um eine Woche ersucht (Schreiben vom 20.6.2012). Tatsächlich hat die Antragstellerin Unterlagen zur Zeichnungsberechtigung dieser drei Subunternehmer am 22.6.2012, also zwei Tage später nachgereicht.

Aus dem Aufforderungsschreiben der Antragsgegnerin vom 15.6.2012 ergibt sich nicht, dass der Antragstellerin für den Fall der nicht rechtzeitigen Vorlage der fehlenden Nachweise das Ausscheiden ihres Angebotes angedroht worden wäre. Ebenso ergibt sich aus der Aktenlage, dass die Antragsgegnerin auf das Ersuchen um Fristerstreckung nicht reagiert hat, insbesondere dieses nicht abgelehnt hat. Die Antragstellerin konnte daher annehmen, dass die Antragsgegnerin mit einer kurzen Fristverlängerung zur Vorlage der restlichen Nachweise einverstanden war. Ein offenkundiger Ausscheidungsgrund ist damit nicht gegeben.

Zu den weiteren von der Antragsgegnerin geltend gemachten Mängeln des Angebotes der Antragstellerin ist zunächst allgemein auszuführen, dass nach der Aktenlage die Antragsgegnerin der Antragstellerin diesbezüglich weder Vorhaltungen gemacht noch sie zur Nachreichung bzw. zu Ergänzungen aufgefordert hat. Erstmals wurde die Antragstellerin mit diesen von der Antragsgegnerin behaupteten Mängeln im Nachprüfungsverfahren konfrontiert, womit die Antragstellerin bisher keine Möglichkeit hatte, in einem kontradiktorischen Verfahren die Stichhaltigkeit dieser (vorfrageweisen) Ausschlussgründe anzuzweifeln bzw. allfällige Mängel zu verbessern (vgl. VwGH 16.2.2005, Zl. 2004/04/0030 u.a.). Zu den weiteren von der Antragsgegnerin geltend gemachten Mängeln des Angebotes der Antragstellerin ist zunächst allgemein auszuführen, dass nach der Aktenlage die Antragsgegnerin der Antragstellerin diesbezüglich weder Vorhaltungen gemacht noch sie zur Nachreichung bzw. zu Ergänzungen aufgefordert hat. Erstmals wurde die Antragstellerin mit diesen von der Antragsgegnerin behaupteten Mängeln im Nachprüfungsverfahren konfrontiert, womit die Antragstellerin bisher keine Möglichkeit hatte, in einem kontradiktorischen Verfahren die Stichhaltigkeit dieser (vorfrageweisen) Ausschlussgründe anzuzweifeln bzw. allfällige Mängel zu verbessern vergleiche VwGH 16.2.2005, Zl. 2004/04/0030 u.a.).

Zunächst hat die Antragsgegnerin vorgebracht, die Verpflichtungserklärungen der Subunternehmer, die von der Antragstellerin genannt wurden, seien mehrfach mangelhaft gewesen. Nach Punkt 3.2 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen, WD 307, hat ein Bieter die Subunternehmer, die er heranziehen will, genau zu benennen und für jeden genannten Subunternehmer mit dem Angebot eine Subunternehmererklärung vorzulegen. Für die Benennung der Subunternehmer ist die Beilage 13.07.2 zum Angebot (Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern) zu verwenden. Für den Leistungsteil "Steinfassade" hat die Antragstellerin die H*** GmbH und für den Leistungsteil "Sonnenschutz" die W*** genannt. Die Antragsgegnerin macht geltend, dass für diese beiden Subunternehmer von der Antragstellerin keine "Subunternehmererklärung" entsprechend dem Formblatt 13.07.3 zum Angebot beigebracht worden seien.

Dazu hat die Antragstellerin vorgebracht, der Antragsgegnerin sei bereits zum Zeitpunkt "der Aufforderung zur

Mängelbehebung mit Schreiben vom 15.6.2012" bekannt gewesen, dass sie versehentlich nicht die korrekten Firmenbezeichnungen der operativ tätigen Unternehmen, die für diese Subunternehmerleistungen genannt werden sollten, genannt habe. Tatsächlich soll statt der genannten H*** GmbH die tatsächlich gemeinte, operativ tätige H*** GmbH & Co KG, anstelle der W*** die tatsächlich gemeinte, operativ in Österreich tätige, zum W*** Konzern gehörige W*** GmbH Leistungen erbringen. Nach der Aktenlage sind die abgegebenen Subunternehmererklärungen sowohl von den richtigen und tatsächlich als Subunternehmer vorgesehenen Unternehmen ausgefüllt und unterzeichnet worden. Die Auftraggeberin hat dies auch selbst so erkannt, weil sie in ihrem Schreiben vom 15.6.2012 nur Unterlagen zur "W*** GmbH" sowie zur "H*** GmbH & Co" verlangt hat.

Selbst wenn man den von der Antragsgegnerin eingenommenen Standpunkt teilen wollte, würde es sich gegenständlich bei der Richtigstellung der Unternehmensbezeichnungen um die Beseitigung behebbarer Mängel handeln. Damit liegt ein Ausscheidungsgrund nicht vor, zumal die Antragstellerin bisher keine Gelegenheit hatte, zu diesem Sachverhalt Stellung zu nehmen.

Gemäß Punkt 3.2 der Angebotsbestimmung hatten die Bieter für jeden im Genehmigungsantrag genannten Subunternehmer eine entsprechende Subunternehmererklärung vorzulegen. Dazu war die Beilage 13.07.3 zu verwenden. Mit der Unterzeichnung dieser Beilage erklärt der betreffende Subunternehmer, dass er einem zu nennenden Unternehmen seine technische Leistungsfähigkeit für die Beauftragung zur Verfügung stellt. Das zu benennende Unternehmen muss entweder die Bietergemeinschaft bzw. eines der beiden, der Bietergemeinschaft angehörigen, Unternehmen sein.

Dazu bringt die Antragsgegnerin vor, dass die Subunternehmer H*** GmbH, H*** GmbH & Co. KG sowie R*** GmbH ihre technische Leistungsfähigkeit sich selbst und nicht der Bietergemeinschaft zur Verfügung gestellt haben, indem sie sich in der Subunternehmererklärung in jenem Feld, in dem die Antragstellerin anzugeben gewesen wäre, selbst genannt haben.

Nach der Aktenlage wurde die Antragstellerin dazu nicht zu einer Stellungnahme bzw. Aufklärung aufgefordert. Einem verständigen Auftraggeber musste es jedoch klar sein, dass diese Subunternehmererklärungen offenbar irrtümlich ausgefüllt wurden. Jedenfalls hat es sich dabei um einen behebbaren Mangel gehandelt, der jedenfalls einer Verbesserung zugänglich war. Ein offensichtlicher Ausscheidungsgrund liegt damit nicht vor.

Die Antragsgegnerin hat auch geltend gemacht, dass die Antragstellerin rechtsunwirksame Verpflichtungserklärungen vorgelegt hätte.

In der Beilage 13.07.3 zum Angebot (Subunternehmererklärung) wird eine rechtsgültige Unterschrift des Subunternehmers gefordert. Die Subunternehmererklärung der E*** GmbH vom 21.5.2012 wurde von Ing. *** unterzeichnet. Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 15.6.2012 wurde die Antragstellerin aufgefordert, die Zeichnungsberechtigung unter anderem auch des Ing. *** nachzuweisen.

Dazu hat die Antragstellerin eine mit 20.6.2012 datierte Vollmacht, lautend auf Ing. *** vorgelegt. Darin wird bestätigt, dass Ing. *** ab 20.6.2012 zur Unterfertigung der Subunternehmererklärung bevollmächtigt ist.

Dazu bringt die Antragsgegnerin vor, dass eine Vollmacht für den Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder der Unterzeichnung der Subunternehmererklärung nicht vorgelegt wurde, die Subunternehmererklärung sohin nicht rechtsverbindlich gefertigt worden sei. Damit stehe das in der Vollmacht genannte Unternehmen mangels rechtsgültiger Fertigung der Subunternehmererklärung der Antragstellerin nicht mehr zur Verfügung, womit es ihr an der technischen Leistungsfähigkeit mangle.

Dieser, der Antragstellerin erst im Nachprüfungsverfahren vorgehaltene Sachverhalt wurde von ihr zunächst damit erklärt, dass die Vollmacht vom 20.6.2012 auf Grund des Zeitdruckes lediglich aus Versehen unvollständig formuliert worden sei, nämlich bloß im Hinblick auf die Gegenwart. "Selbstverständlich sei Herr Ing. *** auch davor bereits zur Zeichnung dieser Subunternehmererklärung bevollmächtigt" gewesen. Unter einem hat die Antragstellerin den entsprechenden Nachweis vorgelegt.

Auch bei diesem Sachverhalt handelt es sich nach Ansicht des Senates um einen grundsätzlich der Verbesserung zugänglichen Mangel. Die mit 20.6.2012 datierte Vollmacht sagt nichts darüber aus, dass eine etwa mündlich erfolgte Bevollmächtigung nicht schon wesentlich früher erfolgt sein kann. Auch dieser Mangel wurde der Antragstellerin im Vergabeverfahren nicht vorgehalten. Ein Ausscheidungsgrund ist damit nicht gegeben.

Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2006 müssen Unternehmer, die im EU-Ausland, dem EWR oder der Schweiz ansässig sind und für die Ausübung ihrer Tätigkeit eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, möglichst umgehend, jedenfalls jedoch vor Ablauf der Angebotsfrist, ein darauf gerichtetes Verfahren einleiten. Das Angebot eines Bieters ist in analoger Anwendung des § 129 Abs. 1 Z. 11 BVergG 2006 auszuschneiden, wenn er nicht vor Ablauf der Angebotsfrist die für die grenzüberschreitende Dienstleistungen erforderlichen Anzeigen gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 erstattet hat (vgl. VKS - 6773/12 v. 26.7.2012 u.a.). Stützt sich ein Unternehmen zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit auf einen ausländischen Subunternehmer, so gilt dies auch für den Subunternehmer. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2006 müssen Unternehmer, die im EU-Ausland, dem EWR oder der Schweiz ansässig sind und für die Ausübung ihrer Tätigkeit eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, möglichst umgehend, jedenfalls jedoch vor Ablauf der Angebotsfrist, ein darauf gerichtetes Verfahren einleiten. Das Angebot eines Bieters ist in analoger Anwendung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11, BVergG 2006 auszuschneiden, wenn er nicht vor Ablauf der Angebotsfrist die für die grenzüberschreitende Dienstleistungen erforderlichen Anzeigen gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 erstattet hat vergleiche VKS - 6773/12 v. 26.7.2012 u.a.). Stützt sich ein Unternehmen zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit auf einen ausländischen Subunternehmer, so gilt dies auch für den Subunternehmer.

Im Hinblick auf diese Rechtslage macht die Antragsgegnerin geltend, dass sich die Antragstellerin zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit auf Subunternehmer berufen habe, die ihren Sitz in Deutschland hätten. Die deutschen Unternehmen H*** GmbH, W*** und I. K. sowie die H*** GmbH & Co. KG würden nach dem Dienstleistungsregister des BM für Wirtschaft, Familie und Jugend über keine Dienstleistungsanzeige verfügen. Sie kämen daher für den gegenständlichen Auftrag als Subunternehmer nicht in Frage, weshalb diesbezüglich die technische Leistungsfähigkeit für die Bereiche Steinfassade, Sonnenschutz und Türen/Tore für die Antragstellerin wegfielen. Im Hinblick auf diese Rechtslage macht die Antragsgegnerin geltend, dass sich die Antragstellerin zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit auf Subunternehmer berufen habe, die ihren Sitz in Deutschland hätten. Die deutschen Unternehmen H*** GmbH, W*** und römisch eins. K. sowie die H*** GmbH & Co. KG würden nach dem Dienstleistungsregister des BM für Wirtschaft, Familie und Jugend über keine Dienstleistungsanzeige verfügen. Sie kämen daher für den gegenständlichen Auftrag als Subunternehmer nicht in Frage, weshalb diesbezüglich die technische Leistungsfähigkeit für die Bereiche Steinfassade, Sonnenschutz und Türen/Tore für die Antragstellerin wegfielen.

Nach der Aktenlage ist dazu festzustellen, dass hinsichtlich der H*** GmbH nicht dieses Unternehmen, sondern die H*** GmbH & Co. KG als Subunternehmerin vorgesehen ist. Auch das Unternehmen W*** soll nicht als Subunternehmer tätig werden, sondern die österreichische Tochterfirma W*** GmbH. Hinsichtlich des Subunternehmers W*** GmbH ist, da es sich um ein in Österreich ansässiges Unternehmen handelt, eine Dienstleistungsanzeige nicht erforderlich.

Der gleichfalls von der Antragsgegnerin genannte "I. K." soll von der Subunternehmerin W*** GmbH als ihr Submonteur eingesetzt werden. Dabei handelt es sich nicht um einen Vertragspartner der Antragstellerin, sondern um einen Sub-Subunternehmer. Es ist überhaupt fraglich, ob K. zum Einsatz kommt. Es verbleibt sohin die Frage, ob das Subunternehmen H*** GmbH & Co. KG über eine Dienstleistungsanzeige verfügen muss.

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass das Angebot der Antragstellerin insofern im Widerspruch zum Vorbringen in ihrem Nachprüfungsantrag steht, als sie im Nachprüfungsantrag ausführt, dass für die Durchführung des Auftrages eine Gewerbeberechtigung für Steinmetz und Baumeister erforderlich sei und moniert, dass die Teilhabeberechtigte diese weder selbst inne habe noch im Angebot einen entsprechenden Subunternehmer genannt habe. Dabei fällt auf, dass die Antragstellerin selbst weder eine Gewerbeberechtigung für Steinmetz oder Baumeister angegeben hat, sondern sich nur auf die Gewerbeberechtigung als Schlosser und Glaser stützt. Nach ihren eigenen Angaben im Angebot bezieht sie sich hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit auf Subunternehmer, indem sie das Wort "Befugnis" im Formular Beilage 13.07.2 gestrichen hat. Es stellt sich daher die Frage, ob die Antragstellerin die von ihr als erforderlich erachtete Gewerbeberechtigung Baumeister und Steinmetz innehat.

Die Frage der Dienstleistungsanzeige bezüglich des Subunternehmers H*** GmbH & Co. KG wurde nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht eingehend geprüft. Auch wurde der Sachverhalt und die nunmehr behaupteten Ausscheidungsgründe der Antragstellerin nicht mit dem Ersuchen um Aufklärung vorgehalten. Ein näheres Eingehen, ob hinsichtlich dieses Subunternehmers eine Dienstleistungsanzeige vorliegt oder überhaupt nachzuweisen war,

kann nach Ansicht des Senates dahingestellt bleiben, weil diese Problematik bisher im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens nicht an die Antragstellerin herangetragen wurde, sie also im Rahmen des Vergabeverfahrens keine Gelegenheit hatte, die Stichhaltigkeit dieses von der Antragsgegnerin behaupteten Ausschlussgrundes anzuzweifeln oder aufzuklären. Ein Ausscheidungsgrund kann damit nicht angenommen werden. Aus diesem Grund war auch nicht näher die Stichhaltigkeit des Vorbringens der Antragstellerin zu prüfen, dass vom Subunternehmer H*** GmbH & Co. KG lediglich Fassadenteile in ihrem Werk in Deutschland hergestellt würden, die Montage jedoch durch ein österreichisches Unternehmen erfolgt.

Letztlich hat die Antragsgegnerin vorgebracht, die von der Antragstellerin gelegte Referenz des *** sei nur von dem Geschäftsführer unterschrieben worden. Der Geschäftsführer sei jedoch nur gemeinsam mit einem anderen Geschäftsführer oder einem weiteren Gesamtprokuristen vertretungsbefugt. Der gelegte Referenznachweis trage damit keine rechtsgültige Unterschrift. Mit Aufklärungsersuchen vom 15.6.2012 sei die Antragstellerin aufgefordert worden "die Unterfertigung aufzuklären".

Nach der Aktenlage wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 15.6.2012 von der Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang lediglich dazu aufgefordert "den Namen des Unterzeichners (unleserlich) und das Datum der Unterfertigung" aufzuklären. Eine Aufklärung zur Rechtsgültigkeit der Unterschrift wurde vom Auftraggeber weder vor noch nach dieser Aufforderung gefordert.

Damit erweist sich der Standpunkt der Antragstellerin als zutreffend, dass sie im Zuge des Vergabeverfahrens zu dieser Frage niemals um Aufklärung ersucht bzw. aufgefordert wurde, eine rechtsgültige Fertigung nachzuweisen.

Eine weitere Befassung mit dieser Frage kann jedoch nach Ansicht des Senates unterbleiben, weil nach den Festlegungen in der Ausschreibung Referenzen aus den letzten fünf Jahren über mindestens einen Auftrag für Fassadenarbeiten über 5 Mio. Euro zu erbringen waren. Die Antragstellerin hat zwei Referenzen in jeweils ausreichendem Umfang vorgelegt. Die zweite Referenz ist unbedenklich und wird auch von der Antragsgegnerin nicht angezweifelt. Damit erweist sich eine allenfalls mangelhafte Unterfertigung der Referenz der *** als irrelevant.

Wenn man davon ausgeht, dass eine Befugnis für Steinmetz bzw. Baumeister erforderlich ist, wie die Antragstellerin dies selbst behauptet, fehlt ihr diese auch bzw. hat sie im Angebot nicht angegeben, dass sie über diese Gewerbeberechtigungen verfügt. Damit läge mit dem Fehlen der technischen Leistungsfähigkeit ein nicht behebbarer Mangel vor. Ihr Angebot wäre ohne weitere Aufklärung auszuschneiden gewesen.

Die Prüfung der Vorfrage, ob die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist, hat zum Ergebnis geführt, dass keiner, der von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe im Sinne der ständigen Judikatur des Höchstgerichtes sich offenkundig aus dem Inhalt der Vergabeakten ergibt. Aus diesen Gründen hat der erkennende Senat die Antragslegitimation der Antragstellerin für gegeben erachtet.

Die Antragstellerin hat geltend gemacht, das Angebot der Teilnahmerechtigten wäre wegen deren mangelnder Befugnis bzw. unbehebbarer Angebotsmängel mangels Nennung notwendiger Subunternehmer sowie wegen mangelnder Preisplausibilität auszuschneiden gewesen.

Die mangelnde Befugnis erblickt die Antragstellerin darin, dass das Mitglied der Bietergemeinschaft *** GmbH über die Gewerbeberechtigungen des Schlossers in Form eines Industriebetriebes und Glasers in der Form eines Industriebetriebes, das Mitglied der Bietergemeinschaft *** GmbH über die Gewerbeberechtigung Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau, eingeschränkt auf die Planung, Herstellung und Montage von Fenstern, Türen und Fassaden aus Metall verfügt. Mit diesen Gewerbeberechtigungen sei die Teilnahmerechtigte nicht befugt, die Steinfassade und Keramikfassade auszuführen und Gerüste aufzustellen. Eine Ausführung dieser Leistungen im Zuge der Nebenrechte eines Gewerbetreibenden gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 komme nicht in Betracht, weil es sich um keinen "geringen Umfang" dieser Leistungen im Sinne dieser gesetzlichen Ausnahmebestimmung handelt. Die Teilnahmerechtigte dürfe diese Leistungen auch nicht durch Subunternehmer ausführen lassen, weil sie nach dem Inhalt des Angebotsöffnungsprotokolls im Angebot keine Subunternehmer namhaft gemacht hat. Die mangelnde Befugnis erblickt die Antragstellerin darin, dass das Mitglied der Bietergemeinschaft *** GmbH über die Gewerbeberechtigungen des Schlossers in Form eines Industriebetriebes und Glasers in der Form eines Industriebetriebes, das Mitglied der Bietergemeinschaft *** GmbH über die Gewerbeberechtigung Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau, eingeschränkt auf die Planung, Herstellung und Montage von Fenstern, Türen und Fassaden aus Metall verfügt. Mit diesen Gewerbeberechtigungen sei die Teilnahmerechtigte nicht befugt, die

Steinfassade und Keramikfassade auszuführen und Gerüste aufzustellen. Eine Ausführung dieser Leistungen im Zuge der Nebenrechte eines Gewerbetreibenden gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 komme nicht in Betracht, weil es sich um keinen "geringen Umfang" dieser Leistungen im Sinne dieser gesetzlichen Ausnahmebestimmung handelt. Die Teilnahmeberechtigte dürfe diese Leistungen auch nicht durch Subunternehmer ausführen lassen, weil sie nach dem Inhalt des Angebotsöffnungsprotokolls im Angebot keine Subunternehmer namhaft gemacht hat.

Dazu haben sowohl die Teilnahmeberechtigte als auch die Antragsgegnerin den Standpunkt vertreten, dass die in der Leistungsgruppe 97 (Steinfassade) und 98 (Keramikfassade) zusammengefassten Leistungen von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin im Rahmen des Nebenrechts nach § 32 GewO 1994 erbracht werden dürften. Dazu haben sowohl die Teilnahmeberechtigte als auch die Antragsgegnerin den Standpunkt vertreten, dass die in der Leistungsgruppe 97 (Steinfassade) und 98 (Keramikfassade) zusammengefassten Leistungen von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin im Rahmen des Nebenrechts nach Paragraph 32, GewO 1994 erbracht werden dürften.

Bei Behandlung dieser Frage ist der Senat von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Nach dem Inhalt der Vergabeakten verfügt die Teilnahmeberechtigte weder über die Gewerbeberechtigung als Steinmetzmeister noch als Baumeister. Nach dem Inhalt der Vergabeakten war eine bestimmte Befugnis zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen nicht verlangt. Das Mitglied der Bietergemeinschaft *** GmbH verfügt über den Gewerbeschein "Schlosser in Form eines Industriebetriebes", das in Deutschland ansässige Unternehmen *** GmbH über die Berechtigung Metallbau (Schmied/Schlosser). Die Teilnahmeberechtigte hat keine Subunternehmer namhaft gemacht. Vom Auftragnehmer sind an der Fassade metallene Unterkonstruktionen mit Wärmedämmungen sowie Vorrichtungen zum "Einhängen" der Platten anzubringen. Zu diesen Gerüstkonstruktionen werden dann die industriell fertig gelieferten Stein- bzw. Keramikplatten eingehängt, wobei die Aufhängungsvorrichtungen bereits bei der Herstellung der Platten angebracht werden. Die Montage der Fassaden besteht im Wesentlichen darin, diese vorgefertigten und angelieferten Platten sodann auf das vorgefertigte Gerüst einzuhängen. Bei der Herstellung der Stein- bzw. Keramikplatten handelt es sich um eine bloße Zulieferleistung, eine Bearbeitung oder Herstellung unmittelbar an der Baustelle ist nicht vorgesehen. Sollten vorgefertigte Platten in Qualität und Ausmaß nicht entsprechen, werden sie an Ort und Stelle nicht zugerichtet, sondern gehen zurück an den Hersteller.

In den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere im Leistungsverzeichnis, ist keine eigene Position für das Aufstellen statisch relevanter Gerüste enthalten. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin ist das Aufstellen von Gerüsten, insbesondere Schutzgerüsten, sowie sonstiger SiGe-Maßnahmen bereits mit dem Baumeisterlos für das Projekt Neubau Krankenhaus Nord abgedeckt; diese Leistungen sind daher vom Auftragnehmer für die Baumeisterarbeiten und nicht vom Auftragnehmer für die Fassadenarbeiten zu erbringen. Dementsprechend ist in den Leistungsgruppen 97 und 98 auch lediglich der Hinweis darauf enthalten, dass vom Auftragnehmer alle zur Durchführung der Leistung erforderlichen Arbeitsbühnen, Gerüste, Hebezeuge und Transporteinrichtungen einzukalkulieren sind, auch jene, die laut ÖNORM B 2206, B 2211 und B 2251 nicht als Nebenleistungen gelten.

Das Mitglied der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft "****" hat seinen Firmensitz in Deutschland. Die *** GmbH verfügt über einen Bescheid nach § 373c Abs. 1 GewO 1994, der am 21.10.2004 vom damaligen Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit zur Zl. BMWA-325.018/5000-I/9/2004, ausgestellt wurde. Dieser in der Zeit vor Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie durch die GewO-Novelle 2008 ergangene Bescheid hat seine Wirkung nicht verloren. Die im Bescheid genannten Personen und Unternehmen sind zur Ausübung des betreffenden Gewerbes in Österreich befugt, unabhängig davon, ob sie eine nach der Neuregelung vorgesehene Anzeige erstattet haben (Punkt 8.5 des Rundschreibens EKA-VD vom 13.5.2008; Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen/Auswirkungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe). Der genannte Bescheid wurde von der Teilnahmeberechtigten im Vergabeverfahren vorgelegt. Das Mitglied der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft "****" hat seinen Firmensitz in Deutschland. Die *** GmbH verfügt über einen Bescheid nach Paragraph 373 c, Absatz eins, GewO 1994, der am 21.10.2004 vom damaligen Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit zur Zl. BMWA-325.018/5000-I/9/2004, ausgestellt wurde. Dieser in der Zeit vor Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie durch die GewO-Novelle 2008 ergangene Bescheid hat seine Wirkung nicht verloren. Die im Bescheid genannten Personen und Unternehmen sind zur Ausübung des betreffenden Gewerbes in Österreich befugt, unabhängig davon, ob sie eine

nach der Neuregelung vorgesehene Anzeige erstattet haben (Punkt 8.5 des Rundschreibens EKA-VD vom 13.5.2008; Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen/Auswirkungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe). Der genannte Bescheid wurde von der Teilnahmeberechtigten im Vergabeverfahren vorgelegt.

Die Antragsgegnerin hat eine gründliche, nachvollziehbar dokumentierte vertiefte Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten vorgenommen. Dazu ist auf die in mehreren Abschnitten geführte Niederschrift über die Angebotsprüfung, den in den Akten erliegenden Schriftverkehr im Zusammenhang mit Nachforderungen sowie auf die Zusammenfassung der Ergebnisse der Angebotsprüfung vom 23.6.2012 zu verweisen.

Die Zuschlagsentscheidung vom 10.7.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im E-Mail Weg zugegangen. Der Antrag auf Nichtigklärung derselben ist am 19.7.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Zuschlagsentscheidung vom 10.7.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im E-Mail Weg zugegangen. Der Antrag auf Nichtigklärung derselben ist am 19.7.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen auf Grund des Inhaltes der sorgfältig geführten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht in Frage gestellt wurde. Soweit Feststellungen daraus in das gegenständliche Verfahren übernommen wurden, sind die Fundstellen jeweils ausreichend bezeichnet. Bei Prüfung des Umfanges jener Leistungen, die von der Teilnahmeberechtigten im Rahmen des Nebenrechtes erbracht werden sollen, ist der Senat von den Ansätzen im Angebot der Teilnahmeberechtigten ausgegangen. Aus den Vergabeakten ist auch ersichtlich, dass sich die Antragsgegnerin eingehend mit der Preisgestaltung sowohl im Angebot der Antragstellerin als auch der Teilnahmeberechtigten auseinandergesetzt hat, vor allem schon im Hinblick darauf, dass die beiden Angebote lediglich um

Euro 76,65 auseinander liegen, bei einer Gesamtangebotssumme von nahezu Euro 49.000.000,-- (netto). Bei der Beurteilung der Preisangemessenheit hat die Antragsgegnerin, wie sich aus den Vergabeakten ergibt, eine eingehende vertiefte Angebotsprüfung, bis auf Positionsebene herab, vorgenommen. Das Ergebnis dieser Prüfung, wonach der Preis im Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, als angemessen zu beurteilen ist, ist nicht nur nachvollziehbar, sondern wird (worauf in der Regel nicht abzustellen ist) durch das Angebot der Antragstellerin bestätigt. Mit der Frage der Preisangemessenheit hat sich der Senat im Übrigen mangels eines entsprechend konkreten Vorbringens der Antragstellerin nicht weiter befasst. Der Schwerpunkt der Argumentation der Antragstellerin zu der von ihr behaupteten mangelnden Preisplausibilität liegt darin, dass sie davon ausgeht, dass in der Baupraxis Subunternehmer zum Einsatz kommen, von der Teilnahmeberechtigten solche jedoch nicht genannt wurden. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird, dass die Teilnahmeberechtigte Subunternehmer nicht benötigt und daher zu Recht keine Subunternehmer genannt hat.

Soweit die Antragstellerin dazu angeregt hat, zur Prüfung der Frage, ob die Teilnahmeberechtigte nicht doch Subunternehmer verwendet, deren K 7 - Formblätter zu überprüfen, ist dies nach dem Inhalt der Vergabeakten ausreichend geschehen. Beim Vergleich der K 7 - Blätter zeigt sich, dass die Ansätze sowohl der Teilnahmeberechtigten als auch der Antragstellerin nicht in einem derartigen Ausmaß von einander abweichen, dass berechtigte Zweifel an der Richtigkeit der Kalkulation aufkommen müssten.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Die Antragslegitimation der Antragstellerin war zwar anzunehmen, dennoch ist damit für sie nichts gewonnen.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord. Es handelt sich dabei um die Herstellung der Fassade des zukünftigen Krankenhauses. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord. Es handelt sich dabei um die Herstellung der Fassade des zukünftigen Krankenhauses. Die

Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung, als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung, als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die Antragstellerin hat sich durch rechtzeitige Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Ihr Angebot wurde im Zuge der Angebotseröffnung mit einer um Euro 76,65 höheren Angebotssumme als an zweiter Stelle liegend verlesen.

Die Zuschlagsentscheidung vom 10.7.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im E-Mail Wege zugegangen. Ihr am 19.7.2012 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Die Zuschlagsentscheidung vom 10.7.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im E-Mail Wege zugegangen. Ihr am 19.7.2012 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung erweist sich im Ergebnis als nicht berechtigt.

Das Schwergewicht des Nachprüfungsantrages liegt in der Beurteilung der Frage, ob die Teilnahmeberechtigte auf Grund der ihr zur Verfügung stehenden Befugnisse berechtigt ist, auch die Leistungen eines Steinmetzmeisters bzw. Baumeisters im Rahmen der Nebenrechte nach § 32 Abs. 1 GewO 1994 i.d.g.F. zu erbringen. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens war in den Ausschreibungsbedingungen nicht eine bestimmte Gewerbeberechtigung zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen verlangt. Das erste Mitglied der Teilnahmeberechtigten verfügt über die Gewerbeberechtigung des Schlossers und Glasers jeweils in der Form eines Industriebetriebes, das zweite, in Deutschland ansässige Mitglied der Teilnahmeberechtigten verfügt über die Gewerbeberechtigung Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau, eingeschränkt auf Planung, Herstellung und Montage von Fenstern, Türen und Fassaden aus Metall. Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren ist strittig, ob die Leistungen zur Herstellung einer Steinfassade (LG 97) und Keramikfassade (LG 98 des LV) sowie das Aufstellen von Gerüsten von den Gewerbeberechtigungen der Teilnahmeberechtigten umfasst sind oder nicht. Dazu beruft sich die Teilnahmeberechtigte, aber auch die Antragsgegnerin, auf die Bestimmung des § 32 GewO 1994 i.d.g.F.. Das Schwergewicht des Nachprüfungsantrages liegt in der Beurteilung der Frage, ob die Teilnahmeberechtigte auf Grund der ihr zur Verfügung stehenden Befugnisse berechtigt ist, auch die Leistungen eines Steinmetzmeisters bzw. Baumeisters im Rahmen der Nebenrechte nach Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994 i.d.g.F. zu erbringen. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens war in den Ausschreibungsbedingungen nicht eine bestimmte Gewerbeberechtigung zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen verlangt. Das erste Mitglied der

Teilnahmeberechtigten verfügt über die Gewerbeberechtigung des Schlossers und Glasers jeweils in der Form eines Industriebetriebes, das zweite, in Deutschland ansässige Mitglied der Teilnahmeberechtigten verfügt über die Gewerbeberechtigung Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau, eingeschränkt auf Planung, Herstellung und Montage von Fenstern, Türen und Fassaden aus Metall. Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren ist strittig, ob die Leistungen zur Herstellung einer Steinfassade (LG 97) und Keramikfassade (LG 98 des LV) sowie das Aufstellen von Gerüsten von den Gewerbeberechtigungen der Teilnahmeberechtigten umfasst sind oder nicht. Dazu beruft sich die Teilnahmeberechtigte, aber auch die Antragsgegnerin, auf die Bestimmung des Paragraph 32, GewO 1994 i.d.g.F..

Die vorliegend in Frage kommenden Bestimmungen der GewO 1994, in der Fassung BGBl. I Nr. 85/2012, lauten: Die vorliegend in Frage kommenden Bestimmungen der GewO 1994, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 85 aus 2012,, lauten:

"Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden

§ 32 (1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu Paragraph 32, (1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

1. 1.Ziffer eins

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; ...

(2) Bei der Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen."(2) Bei der Ausübung der Rechte gemäß Absatz eins, müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen."

Nach den Ergebnissen des Verfahrens sollen gegenständlich Stein- und Keramikplatten, die industriell gefertigt und zugeliefert werden, an der Metallunterkonstruktion und Wärmedämmung angebracht werden. Zutreffend verweist sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnahmeberechtigte darauf, dass durch diese Tätigkeit des Anbringens der Stein- und Keramikplatten die Fassade fertig gestellt, "vollendet" werden soll und es sich damit um Vollendungsarbeiten, die im Rahmen des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 erbracht werden dürfen, handelt. Nach den Ergebnissen des Verfahrens sollen gegenständlich Stein- und Keramikplatten, die industriell gefertigt und zugeliefert werden, an der Metallunterkonstruktion und Wärmedämmung angebracht werden. Zutreffend verweist sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnahmeberechtigte darauf, dass durch diese Tätigkeit des Anbringens der Stein- und Keramikplatten die Fassade fertig gestellt, "vollendet" werden soll und es sich damit um Vollendungsarbeiten, die im Rahmen des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 erbracht werden dürfen, handelt.

Strittig kann sein, ob es sich bei diesen Tätigkeiten, um Leistungen geringen Umfanges anderer Gewerbe handelt, die die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen oder nicht. Dazu war zu prüfen, welchen Umfang die dem Steinmetz bzw. Baumeister vorbehaltenen Leistungen in den LG 97 und 98 haben. Dazu vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass der Umfang der den anderen Gewerben vorbehaltenen Leistungen nicht in bloßen Prozentsätzen der Gesamtleistung eines Auftrages gemessen werden darf, sondern anhand des absoluten Umfanges der Leistungen beurteilt werden muss. Gegenständlich ist unstrittig, dass jene Leistungen, die dem Gewerbe des Steinmetzes vorbehalten sein könnten, einen mehrfachen Millionenbetrag ausmachen. Die Antragstellerin bewertet diesen Leistungsumfang hinsichtlich der Steinfassade mit rund Euro 800.000,-- bis 900.000,-- ohne USt., der Keramikfassaden mit rund Euro 3.000.000,-- ohne USt und für die Aufstellung von Gerüsten mit rund Euro 500.000,--, ebenfalls ohne USt. Damit könne nicht mehr von Leistungen in "geringem Umfang" gesprochen werden. Diese Leistungen, den Berechnungen der Antragstellerin folgend, betragen rund Euro 4,3 Mio. und belaufen sich damit auf rund 8,79% der Gesamtauftragssumme.

Der Senat vermag die Auffassung der Antragstellerin - der Rechtsprechung des Höchstgerichtes folgend - nicht zu teilen. In seinem Erkenntnis vom 10.12.2009, Zl. 2009/04/0250, hat der Verwaltungsgerichtshof im Wesentlichen ausgeführt:

"Mit den Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfange nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 hat sich der Verwaltungsgerichtshof neben dem zitierten Erkenntnis vom 10.12.2009 in einem weiteren Erkenntnis vom 24.2.2010, Zl. 2006/04/0148, beschäftigt. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof darauf hingewiesen, dass § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 ausdrücklich (quantitativ) von "Mit den Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfange nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 hat sich der Verwaltungsgerichtshof neben dem zitierten Erkenntnis vom 10.12.2009 in einem weiteren Erkenntnis vom 24.2.2010, Zl. 2006/04/0148, beschäftigt. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof darauf hingewiesen, dass Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 ausdrücklich (quantitativ) von

"Leistungen anderer Gewerbe ... in geringem Umfange" spricht und nicht qualitativ

auf die Wesentlichkeit der Leistung abstellt. Der Verwaltungsgerichtshof sah daher die Auffassung der (dort) genannten Behörde, es reiche bereits aus, dass es sich bei einer Leistung um einen wesentlichen Leistungsinhalt zur Funktion der Anlage handle und daher könne der preisliche Aspekt und damit die Frage des prozentuellen Anteils am Gesamtentgelt bzw. an der Angebotssumme außer Betracht bleiben, als nicht durch § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 gedeckt". auf die Wesentlichkeit der Leistung abstellt. Der Verwaltungsgerichtshof sah daher die Auffassung der (dort) genannten Behörde, es reiche bereits aus, dass es sich bei einer Leistung um einen wesentlichen Leistungsinhalt zur Funktion der Anlage handle und daher könne der preisliche Aspekt und damit die Frage des prozentuellen Anteils am Gesamtentgelt bzw. an der Angebotssumme außer Betracht bleiben, als nicht durch Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 gedeckt".

Der angerufene Senat sieht keinen Anlass, von der eindeutigen Begründung des Höchstgerichtes im gegenständlichen Fall abzugehen.

Nach den Feststellungen beträgt die in den Leistungsgruppen 97 und 98 auszuführende Montage der Stein-Elemente/Keramikplatten zusammengerechnet einen deutlich unter 5% liegenden Anteil an der Gesamtangebotssumme der Teilnehmereberechtigten. Die Herstellung der Stein- und Keramikplatten war dabei heraus zu rechnen, da deren Herstellung nicht durch die Teilnehmereberechtigte erfolgt, es sich dabei vielmehr um Zulieferungen handelt. Wenn man den Materialaufwand berücksichtigen wollte, liegt der Anteil des Materials sowie der Montage in den Leistungsgruppen 97 und 98 im Verhältnis zum Gesamtpreis weiterhin deutlich unter 5%. Damit hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass jene Leistungen, zu deren Erbringung die Befugnis eines Steinmetzes erforderlich ist, jedenfalls deutlich unter 5% liegen. (Genauere Zahlen anzugeben hat der Senat im Hinblick auf das Begehren der Teilnehmereberechtigten, ihre Kalkulationsgeheimnisse zu wahren, unterlassen).

In seinem Erkenntnis vom 1.7.2010 führt das Höchstgericht weiters aus, dass für die Beurteilung, ob es sich nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 um eine Leistung "in geringem Umfange" handle, nicht relevant sei, welche Bedeutung der öffentliche Auftraggeber dieser Leistung im Rahmen seiner Ausschreibung zugemessen hat. Es kommt nämlich nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 nicht qualitativ auf die Wesentlichkeit der Leistung sondern quantitativ nur auf den Umfang dieser Leistung an (vgl. zur quantitativen Sicht auch die bei Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung², 302f, RZ 6 zu § 32 wiedergegebenen Materialien). In seinem Erkenntnis vom 1.7.2010 führt das Höchstgericht weiters aus, dass für die Beurteilung, ob es sich nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 um eine Leistung "in geringem Umfange" handle, nicht relevant sei, welche Bedeutung der öffentliche Auftraggeber dieser Leistung im Rahmen seiner Ausschreibung zugemessen hat. Es kommt nämlich nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 nicht qualitativ auf die Wesentlichkeit der Leistung sondern quantitativ nur auf den Umfang dieser Leistung an vergleiche zur quantitativen Sicht auch die bei Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung², 302f, RZ 6 zu Paragraph 32, wiedergegebenen Materialien).

Gegenständlich liegt es auf der Hand, dass die strittigen Leistungen die "eigenen Leistungen" der Teilnehmereberechtigten im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 "wirtschaftlich sinnvoll ergänzen". Nach den Feststellungen überschreiten die gegenständlichen strittigen Nebenleistungen nicht 5% der Gesamtangebotssumme der Teilnehmereberechtigten. Im Hinblick darauf, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 24.2.2010, Zl. 2006/04/0148, Nebenleistungen im Ausmaß von 6,43% noch als Nebenleistungen "geringen Umfanges" angesehen hat, in der Literatur eine Schwelle bis zu 10% angenommen wird, sind die hier strittigen, unter 5% der Gesamtangebotssumme der Teilnehmereberechtigten liegenden Nebenleistungen als jedenfalls geringfügig im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 zu werten. Wenn daher die Teilnehmereberechtigte diese Leistungen ohne Namhaftmachung

eines Subunternehmers angeboten hat, hat sie dies zulässigerweise im Rahmen ihrer Nebenrechte nach § 32 GewO 1994 getan. Sie kann daher die von ihr angebotenen Leistungen, da es sich um einfache Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes, deren fachgemäße Erbringung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, mit eigenen Kräften ausführen. Gegenständlich liegt es auf der Hand, dass die strittigen Leistungen die "eigenen Leistungen" der Teilnahmeberechtigten im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 "wirtschaftlich sinnvoll ergänzen". Nach den Feststellungen überschreiten die gegenständlichen strittigen Nebenleistungen nicht 5% der Gesamtangebotssumme der Teilnahmeberechtigten. Im Hinblick darauf, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 24.2.2010, Zl. 2006/04/0148, Nebenleistungen im Ausmaß von 6,43% noch als Nebenleistungen "geringen Umfanges" angesehen hat, in der Literatur eine Schwelle bis zu 10% angenommen wird, sind die hier strittigen, unter 5% der Gesamtangebotssumme der Teilnahmeberechtigten liegenden Nebenleistungen als jedenfalls geringfügig im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 zu werten. Wenn daher die Teilnahmeberechtigte diese Leistungen ohne Namhaftmachung eines Subunternehmers angeboten hat, hat sie dies zulässigerweise im Rahmen ihrer Nebenrechte nach Paragraph 32, GewO 1994 getan. Sie kann daher die von ihr angebotenen Leistungen, da es sich um einfache Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes, deren fachgemäße Erbringung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, mit eigenen Kräften ausführen.

Die Antragstellerin hat auch vorgebracht, im Ausland ansässige Unternehmen, die Leistungen in Österreich erbringen wollen, seien zur Erstattung einer Dienstleistungsanzeige bei allen reglementierten Gewerben verpflichtet. Zutreffend verweist die Teilnahmeberechtigte darauf, dass es sich beim vorliegenden Gewerbe der Metalltechnik nicht um ein sensibles Gewerbe im Sinne des § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 handelt, für das die Einleitung eines auf eine "Entscheidung" gerichteten Verfahrens vorgesehen ist. Eine solche Entscheidung ist nach § 373a Abs. 5 GewO nur bei sensiblen Gewerben nötig. Die Befugnis eines ausländischen Dienstleisters besteht unmittelbar kraft Gesetzes nach § 373a Abs. 1 GewO, sodass die Pflicht zur Erstattung der Anzeige eine bloße Ordnungsvorschrift ist (Grabler/Stolzlechner/ Wendl, Gewerbeordnung³, RZ 31 zu § 373a). Eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Frage erübrigt sich jedoch im Hinblick darauf, dass das deutsche Mitglied der Bietergemeinschaft *** über einen Bescheid gemäß § 373c Abs. 1 GewO 1994 vom 21.10.2004 verfügt, wonach die Befähigung in Österreich gegeben ist. Nach dem Rundschreiben des BKA-VD vom 13.5.2008, im Zusammenhang mit der Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie durch die GewO-Novelle 2008 hat dieser Bescheid seine Wirkung nicht verloren, sodass das Mitglied der Bietergemeinschaft *** unabhängig davon, ob es eine nach der Neuregelung vorgesehene Anzeige erstattet hat oder nicht, zur Ausübung des betreffenden Gewerbes in Österreich befugt ist (Rundschreiben des BKA-VD vom 13.5.2008, "Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen/Auswirkungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe"). Damit liegt auch dieser mögliche, von der Antragstellerin geltend gemachte Ausscheidungsgrund nicht vor. Die Antragstellerin hat auch vorgebracht, im Ausland ansässige Unternehmen, die Leistungen in Österreich erbringen wollen, seien zur Erstattung einer Dienstleistungsanzeige bei allen reglementierten Gewerben verpflichtet. Zutreffend verweist die Teilnahmeberechtigte darauf, dass es sich beim vorliegenden Gewerbe der Metalltechnik nicht um ein sensibles Gewerbe im Sinne des Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO 1994 handelt, für das die Einleitung eines auf eine "Entscheidung" gerichteten Verfahrens vorgesehen ist. Eine solche Entscheidung ist nach Paragraph 373 a, Absatz 5, GewO nur bei sensiblen Gewerben nötig. Die Befugnis eines ausländischen Dienstleisters besteht unmittelbar kraft Gesetzes nach Paragraph 373 a, Absatz eins, GewO, sodass die Pflicht zur Erstattung der Anzeige eine bloße Ordnungsvorschrift ist (Grabler/Stolzlechner/ Wendl, Gewerbeordnung³, RZ 31 zu Paragraph 373 a,). Eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Frage erübrigt sich jedoch im Hinblick darauf, dass das deutsche Mitglied der Bietergemeinschaft *** über einen Bescheid gemäß Paragraph 373 c, Absatz eins, GewO 1994 vom 21.10.2004 verfügt, wonach die Befähigung in Österreich gegeben ist. Nach dem Rundschreiben des BKA-VD vom 13.5.2008, im Zusammenhang mit der Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie durch die GewO-Novelle 2008 hat dieser Bescheid seine Wirkung nicht verloren, sodass das Mitglied der Bietergemeinschaft *** unabhängig davon, ob es eine nach der Neuregelung vorgesehene Anzeige erstattet hat oder nicht, zur Ausübung des betreffenden Gewerbes in Österreich befugt ist (Rundschreiben des BKA-VD vom 13.5.2008, "Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen/Auswirkungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe"). Damit liegt auch dieser mögliche, von der Antragstellerin geltend gemachte Ausscheidungsgrund nicht vor.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, das Angebot der Teilnahmeberechtigten weise eine mangelnde Preisplausibilität auf, ist zunächst darauf zu verweisen, dass die Antragsgegnerin eine eingehende, sorgfältig

dokumentierte Prüfung des Angebotes im Sinne der §§ 123, 125 BVerfG 2006 vorgenommen hat. Die Antragstellerin vertritt ihren Rechtsstandpunkt im Wesentlichen mit der Begründung, die Teilnahmberechtigte plane die Leistungen ohne Subunternehmer zu erbringen, obwohl sie vermute, dass tatsächlich Subunternehmer eingesetzt werden sollen. Damit begründet sie ihre Zweifel an einer plausiblen Kalkulation des Angebotspreises. Das Verfahren hat ergeben, dass die Teilnahmberechtigte Subunternehmer nicht namhaft gemacht hat und solche im Hinblick vor allem auf die Bestimmung des § 32 GewO 1994 auch nicht benötigt. Ein sonstiges konkretes Vorbringen, warum die von der Teilnahmberechtigten angebotene Angebotssumme, die nur um Euro 76,65 von jener der Antragstellerin abweicht, nicht plausibel sein sollte, hat die Antragstellerin nicht erstattet. Soweit die Antragstellerin geltend macht, das Angebot der Teilnahmberechtigten weise eine mangelnde Preisplausibilität auf, ist zunächst darauf zu verweisen, dass die Antragsgegnerin eine eingehende, sorgfältig dokumentierte Prüfung des Angebotes im Sinne der Paragraphen 123, 125, BVerfG 2006 vorgenommen hat. Die Antragstellerin vertritt ihren Rechtsstandpunkt im Wesentlichen mit der Begründung, die Teilnahmberechtigte plane die Leistungen ohne Subunternehmer zu erbringen, obwohl sie vermute, dass tatsächlich Subunternehmer eingesetzt werden sollen. Damit begründet sie ihre Zweifel an einer plausiblen Kalkulation des Angebotspreises. Das Verfahren hat ergeben, dass die Teilnahmberechtigte Subunternehmer nicht namhaft gemacht hat und solche im Hinblick vor allem auf die Bestimmung des Paragraph 32, GewO 1994 auch nicht benötigt. Ein sonstiges konkretes Vorbringen, warum die von der Teilnahmberechtigten angebotene Angebotssumme, die nur um Euro 76,65 von jener der Antragstellerin abweicht, nicht plausibel sein sollte, hat die Antragstellerin nicht erstattet.

Im Schriftsatz vom 27.8.2012 hat die Antragstellerin die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Steinmetzwesen zur Frage beantragt, welchen Umfang die insbesondere dem Steinmetz - aber auch Baumeistergewerbe - zuzurechnenden Leistungen haben und ob und in welchem Ausmaß die Montagearbeiten vor Ort sicherheitsgefährdend sein können. Der Senat hat sich zur Einholung eines derartigen Sachverständigengutachtens nicht veranlasst gesehen, weil in den LG 97 und 98 die einzelnen Positionen aufgegliedert sind. Die Frage, bei welchen Tätigkeiten es sich um solche dem Steinmetz oder Baumeister vorbehaltenen handelt, wird als reine Rechtsfrage behandelt. Dazu kommt, dass der Senat aufgrund seiner Zusammensetzung über ausreichende eigene Fachkunde verfügt, um diese Fragen abschließend beurteilen zu können. Die Frage der Sicherheitsgefährdung war im Hinblick auf die oben wiedergegebene höchstgerichtliche Judikatur nicht weiter zu prüfen, da bei der Frage der Erbringung der Leistungen im Rahmen der Nebenrechte des § 32 GewO 1994 nicht darauf abzustellen ist. Da die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidungsgründe nicht vorliegen, war ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen. Im Schriftsatz vom 27.8.2012 hat die Antragstellerin die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Steinmetzwesen zur Frage beantragt, welchen Umfang die insbesondere dem Steinmetz - aber auch Baumeistergewerbe - zuzurechnenden Leistungen haben und ob und in welchem Ausmaß die Montagearbeiten vor Ort sicherheitsgefährdend sein können. Der Senat hat sich zur Einholung eines derartigen Sachverständigengutachtens nicht veranlasst gesehen, weil in den LG 97 und 98 die einzelnen Positionen aufgegliedert sind. Die Frage, bei welchen Tätigkeiten es sich um solche dem Steinmetz oder Baumeister vorbehaltenen handelt, wird als reine Rechtsfrage behandelt. Dazu kommt, dass der Senat aufgrund seiner Zusammensetzung über ausreichende eigene Fachkunde verfügt, um diese Fragen abschließend beurteilen zu können. Die Frage der Sicherheitsgefährdung war im Hinblick auf die oben wiedergegebene höchstgerichtliche Judikatur nicht weiter zu prüfen, da bei der Frage der Erbringung der Leistungen im Rahmen der Nebenrechte des Paragraph 32, GewO 1994 nicht darauf abzustellen ist. Da die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidungsgründe nicht vorliegen, war ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 24.7.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 24.7.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung

dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Abweisung; Vollendungsarbeiten i.S.d. § 32 GewO nur qualitativ zu beurteilen;

Zuletzt aktualisiert am

06.02.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at