

TE Verg Bescheid 2012/7/26 VKS-6723/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.07.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und Abs2

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

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2 und 7

BVergG 2006 §130

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

Text

Bescheid

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Hule Bachmayr - Heyda Nordberg Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Bauauftrages "Straßenbau-, Pflasterungs- und Nebenarbeiten Erzherzog-Karl-Straße", Ausschreibungsnummer MA 28 - BO-6655/12, durch die Stadt Wien - Magistratsabteilung 28, Straßenverwaltung und Straßenbau, Lienfeldergasse 96, 1171 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, die Ausscheidungsentscheidung und Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin je vom 14.6.2012 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; beide Entscheidungen werden für nichtig erklärt.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 25.6.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 4.096,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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 und 7, 130 BVergG 2006 sowie § 32 GewO. 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 und 7, 130 BVergG 2006 sowie Paragraph 32, GewO.

Begründung

Die Stadt Wien - Magistratsabteilung 28, Straßenverwaltung und Straßenbau (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Durchführung von Bauarbeiten, nämlich Straßenbau-, Pflasterungs- und Nebenarbeiten in der Erzherzog-Karl-Straße. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem "niedrigsten Preis" erfolgen. Die Angebotsfrist endete am 30.5.2012, die Angebotsöffnung fand am gleichen Tage statt. Die Antragstellerin hat das billigste Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 14.6.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 und 7 BVergG 2006 ausscheiden zu wollen. Gleichfalls mit Schreiben vom 14.6.2012, der Antragstellerin auch am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag einer anderen Bieterin erteilen zu wollen. Mit Schreiben vom 14.6.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG 2006 ausscheiden zu wollen. Gleichfalls mit Schreiben vom 14.6.2012, der Antragstellerin auch am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag einer anderen Bieterin erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 20.6.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Ausscheidung ihres Angebotes erfolge zu Unrecht, da sie aufgrund ihrer Befugnisse berechtigt wäre, alle ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Sie verfüge über eine Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe. Zu den Ausschreibungsunterlagen werde zwar zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen auch die Befugnis eines "Pflasterers" verlangt. Im Wesentlichen seien Straßenbauten ausgeschrieben, wobei im Zuge dieser Straßenbauarbeiten in geringem Umfange auch Natur-Randsteine verlegt werden sollen. Die Verlegung der Randsteine sei im gegenständlichen Fall von der Baumeisterbefugnis als Nebenrecht im Sinne des § 32 GewO 1994 sowie auch § 99 GewO 1994 mit umfasst. Bei diesen Nebenleistungen handle es sich um Leistungen geringen Umfanges, weshalb die

Antragstellerin befugt sei, auch die Leistungen eines "Pflasterers" zu erbringen. Die Ausscheidung sei nicht gerechtfertigt, aufgrund des von ihr gelegten, billigsten Angebotes wäre der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Im Hinblick darauf erweise sich nicht nur die Ausscheidungsentscheidung als rechtswidrig sondern auch die Zuschlagsentscheidung. Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 20.6.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Ausscheidung ihres Angebotes erfolge zu Unrecht, da sie aufgrund ihrer Befugnisse berechtigt wäre, alle ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Sie verfüge über eine Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe. Zu den Ausschreibungsunterlagen werde zwar zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen auch die Befugnis eines "Pflasterers" verlangt. Im Wesentlichen seien Straßenbauten ausgeschlossen, wobei im Zuge dieser Straßenbauarbeiten in geringem Umfange auch Natur-Randsteine verlegt werden sollen. Die Verlegung der Randsteine sei im gegenständlichen Fall von der Baumeisterbefugnis als Nebenrecht im Sinne des Paragraph 32, GewO 1994 sowie auch Paragraph 99, GewO 1994 mit umfasst. Bei diesen Nebenleistungen handle es sich um Leistungen geringen Umfanges, weshalb die Antragstellerin befugt sei, auch die Leistungen eines "Pflasterers" zu erbringen. Die Ausscheidung sei nicht gerechtfertigt, aufgrund des von ihr gelegten, billigsten Angebotes wäre der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Im Hinblick darauf erweise sich nicht nur die Ausscheidungsentscheidung als rechtswidrig sondern auch die Zuschlagsentscheidung.

Durch die angefochtenen Entscheidungen werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Billigstbieterin, Nichtausscheiden mangels Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen und gesetzeskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und daran auch interessiert. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe ihr jedoch der Entgang eines Deckungsbeitrages, der frustrierten Kosten der Angebotserstellung sowie des Aufwandes für die rechtsfreundliche Vertretung und letztlich der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Ausschreibungen. Die Höhe des ihr drohenden Schadens wird von der Antragstellerin im einleitenden Schriftsatz näher beziffert.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 25.6.2012 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 29.6.2012 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als teilnahmeberechtigte Partei dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, soweit die Antragstellerin versuche aus den in der Leistungsgruppe 18 beschriebenen Pflasterarbeiten einzelne Leistungen wie die Herstellung des Betonfundamentes sowie des Beschaffung des Materials heraus zu nehmen, um damit ihren Standpunkt einer geringfügigen Nebenleistung zu untermauern, sei dies unzulässig, da das fachspezifische Wissen eines Pflasterers für alle Positionen dieser Leistungsgruppe relevant sei. Soweit dem Vorbringen der Antragstellerin zu entnehmen sei, habe sie "vorsichtshalber" nachträglich einen Subunternehmer für die Pflasterarbeiten namhaft gemacht. Dies sei unzulässig, da im Angebot ein Subunternehmer nicht angeführt werde.

Mit Schriftsatz vom 2.7.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, soweit sich die Antragstellerin auf § 32 GewO berufe, sei diese Bestimmung gegenständlich nicht anzuwenden. Bei den in der Leistungsgruppe 18 zusammengefassten Pflasterungsarbeiten handle es sich keinesfalls um Leistungen geringfügigen Umfanges. Unter Berücksichtigung aller mit diesen Arbeiten in Zusammenhang anfallenden Kosten belaufe sich der Anteil der Pflasterungsarbeiten an der Gesamtleistung auf 11,6 %. Die Rechtsansicht der Antragstellerin, dass die Judikatur bei der Beurteilung von Leistungen "geringen Umfanges" ausschließlich auf eine wertmäßige Betrachtung abstelle, sei unrichtig. Wiederholt sei darauf abgestellt worden, dass der Beurteilung eine quantitative, nicht aber eine qualitative Bewertung zugrunde zu legen sei. Sie nimmt dann verschiedene Berechnungen vor, und kommt unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zum Ergebnis, dass selbst nach diesem Angebot der Anteil der LG 18 10,5 % der Gesamtleistung betrage. Die Antragstellerin habe im Angebot einen Subunternehmer für die Durchführung der Pflastererarbeiten nicht namhaft gemacht, sondern erst nach Angebotsöffnung, über Aufforderung der Antragsgegnerin einen Nachweis zur Befugnis "Pflasterer" vorzulegen, einen Subunternehmer nachträglich genannt. Dies sei unzulässig, weshalb die Ausscheidung des Angebotes der

Antragstellerin zu Recht erfolgt sei. Damit sei auch die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des an zweiter Stelle gereihten Bieters gerechtfertigt. Mit Schriftsatz vom 2.7.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, soweit sich die Antragstellerin auf Paragraph 32, GewO berufe, sei diese Bestimmung gegenständlich nicht anzuwenden. Bei den in der Leistungsgruppe 18 zusammengefassten Pflasterungsarbeiten handle es sich keinesfalls um Leistungen geringfügigen Umfanges. Unter Berücksichtigung aller mit diesen Arbeiten in Zusammenhang anfallenden Kosten belaufe sich der Anteil der Pflasterungsarbeiten an der Gesamtleistung auf 11,6 %. Die Rechtsansicht der Antragstellerin, dass die Judikatur bei der Beurteilung von Leistungen "geringen Umfanges" ausschließlich auf eine wertmäßige Betrachtung abstelle, sei unrichtig. Wiederholt sei darauf abgestellt worden, dass der Beurteilung eine quantitative, nicht aber eine qualitative Bewertung zugrunde zu legen sei. Sie nimmt dann verschiedene Berechnungen vor, und kommt unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zum Ergebnis, dass selbst nach diesem Angebot der Anteil der LG 18 10,5 % der Gesamtleistung betrage. Die Antragstellerin habe im Angebot einen Subunternehmer für die Durchführung der Pflastererarbeiten nicht namhaft gemacht, sondern erst nach Angebotsöffnung, über Aufforderung der Antragsgegnerin einen Nachweis zur Befugnis "Pflasterer" vorzulegen, einen Subunternehmer nachträglich genannt. Dies sei unzulässig, weshalb die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt sei. Damit sei auch die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des an zweiter Stelle gereihten Bieters gerechtfertigt.

Zu diesem Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.7.2012 Stellung genommen und hinsichtlich ihrer Berufung auf die Bestimmung des § 32 GewO vor allem vorgebracht, dass für einen Teil der in LG 18 angeführten Leistungen die Befugnis eines Pflasterers nicht erforderlich sei. So falle nach Ansicht der Antragstellerin die Vermessung in Höhe und Richtung, Herstellen eines Betonfundamentes samt Schalung, Einkauf und Lieferung von Randsteinen, Abladen der Randsteine, Zwischentransportieren auf der Baustelle und seitliches Auflegen vor Versetzen, Liefern des Mörtel-Belts und Herstellen der Rückenstütze/Leistung nicht in das Tätigkeitsbild des Pflasterers, sondern auch des Baumeisters. Nur zwei Tätigkeiten sind grundsätzlich dem Pflasterer, soweit sie nicht im Rahmen des Nebenrechtes des Baumeisters im Sinne des § 32 GewO ausgeübt werden, vorbehalten, nämlich das Aufnehmen und das lagerichtige Versetzen des Randsteines sowie das Verschmieren der Stoßfugen. Tatsächlich machen jene Positionen, die dem Leistungsbild des Pflasterers vorbehalten sind nur 1,89 % des Gesamtangebotspreises aus. Damit liege der Anteil der Leistungen an der Gesamtangebotssumme weit unter jener Schwelle, die der VwGH als gering im Sinne des § 32 GewO ansieht. Zur Stützung ihres Vorbringens beruft sich die Antragstellerin auf ein Schreiben der Landesinnung Bau Wien vom 12.6.2012, die darin gleichfalls zum Ergebnis gelangt, dass für die ausgeschriebenen Tätigkeiten im Sinne des § 32 GewO keine gesonderte Befugnis eines Pflasterers erforderlich ist. Zur nachträglichen Nennung eines Subunternehmers beruft sich die Antragstellerin auf die Beilage 13.07.2, wonach die Genehmigung allenfalls nachträglich nominierter Subunternehmer der ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung der Auftraggeberin vor Leistungserbringung bedarf. Zu diesem Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.7.2012 Stellung genommen und hinsichtlich ihrer Berufung auf die Bestimmung des Paragraph 32, GewO vor allem vorgebracht, dass für einen Teil der in LG 18 angeführten Leistungen die Befugnis eines Pflasterers nicht erforderlich sei. So falle nach Ansicht der Antragstellerin die Vermessung in Höhe und Richtung, Herstellen eines Betonfundamentes samt Schalung, Einkauf und Lieferung von Randsteinen, Abladen der Randsteine, Zwischentransportieren auf der Baustelle und seitliches Auflegen vor Versetzen, Liefern des Mörtel-Belts und Herstellen der Rückenstütze/Leistung nicht in das Tätigkeitsbild des Pflasterers, sondern auch des Baumeisters. Nur zwei Tätigkeiten sind grundsätzlich dem Pflasterer, soweit sie nicht im Rahmen des Nebenrechtes des Baumeisters im Sinne des Paragraph 32, GewO ausgeübt werden, vorbehalten, nämlich das Aufnehmen und das lagerichtige Versetzen des Randsteines sowie das Verschmieren der Stoßfugen. Tatsächlich machen jene Positionen, die dem Leistungsbild des Pflasterers vorbehalten sind nur 1,89 % des Gesamtangebotspreises aus. Damit liege der Anteil der Leistungen an der Gesamtangebotssumme weit unter jener Schwelle, die der VwGH als gering im Sinne des Paragraph 32, GewO ansieht. Zur Stützung ihres Vorbringens beruft sich die Antragstellerin auf ein Schreiben der Landesinnung Bau Wien vom 12.6.2012, die darin gleichfalls zum Ergebnis gelangt, dass für die ausgeschriebenen Tätigkeiten im Sinne des Paragraph 32, GewO keine gesonderte Befugnis eines Pflasterers erforderlich ist. Zur nachträglichen Nennung eines Subunternehmers beruft sich die Antragstellerin auf die Beilage 13.07.2, wonach die Genehmigung allenfalls nachträglich nominierter Subunternehmer der ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung der Auftraggeberin vor Leistungserbringung bedarf.

Diesem Vorbringen hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 23.7.2012 entgegnet und sich ihrerseits auf eine Stellungnahme der Landesinnung Wien der Bauhilfsgewerbe vom 19.7.2012 berufen. Sie macht vor allem geltend, dass

eine Teilung der Leistungen der LG 18 unzulässig sei.

Mit einer weiteren Stellungnahme vom 24.7.2012 hat die Antragstellerin ihren bereits bekannten Standpunkt weiter ausgebaut und sich dabei auf näher zitierte Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes berufen.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wieder gegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 26.7.2012 ausgegangen.

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 zur Vergabe von Bauarbeiten, nämlich Straßenbau-, Pflasterungs- und Nebenarbeiten in der Erzherzog-Karl Straße. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Das Ende der Angebotsfrist war der 30.5.2012, die Angebotseröffnung fand anschließend statt. 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 zur Vergabe von Bauarbeiten, nämlich Straßenbau-, Pflasterungs- und Nebenarbeiten in der Erzherzog-Karl Straße. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Das Ende der Angebotsfrist war der 30.5.2012, die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Insgesamt haben sich sieben Unternehmer am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, die das billigste Angebot gelegt hat.

In der LG 18 des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses war die Ausführung von Pflasterarbeiten, Randbegrenzungen anzubieten. Die LG 18 ist in neun Unterpositionen gegliedert. Die Position 18.0102C betrifft 40 m³ Unterlagsbeton, die Position 18.0106A 500 m einseitiger Schalung bis 30 cm Höhe. Die restlichen sieben Positionen betreffen die Lieferung und das Verlegen von Randsteinen in Granit, in verschiedenen Abmessungen.

Nach den Besonderen Angebotsbestimmungen der Magistratsabteilung 28, die die verbindlichen Regelungen der WD 307 (Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen) ergänzen, sind für das gegenständliche Bauvorhaben die Gewerbeberechtigungen eines Baumeisters (Tiefbau) und Pflasterers erforderlich. Die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer ist zulässig. Dazu hatten die Bieter jedoch die Beilagen 13.07.2 und 13.07.3 zum Angebotsformblatt auszufüllen. Im Abschnitt Subunternehmer wird darauf hingewiesen, dass diese nach Vertragsabschluss nur mit vorheriger Zustimmung des Auftraggebers ausgewechselt werden dürfen.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot Subunternehmer, insbesondere Subunternehmer zur Durchführung der Pflasterarbeiten, nicht namhaft gemacht. Erst nach Angebotsöffnung, im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragstellerin (ihrer Darstellung nach über Aufforderung der Antragsgegnerin) am 1.6.2012 für den Leistungsteil der Leistungsgruppe 18 - Pflasterungsarbeiten einen Subunternehmer genannt und dazu ein ANKÖ - Führungszertifikat dieses Subunternehmers vorgelegt.

Der Angebotspreis der Antragstellerin beträgt Euro 396.127,31 abzüglich eines 5%igen Nachlasses. Die Antragstellerin hat die Pflasterarbeiten, Randbegrenzungen in der LG 18 nach Berücksichtigung des 5%igen Nachlasses, mit Euro 29.341,79 angeboten. Nach Abzug (jeweils unter Berücksichtigung des 5%igen Nachlasses) der Positionspreise in den Positionen 18.0102C sowie 18.0106A in Höhe von zusammen Euro 6.094,63 sowie der für das Material eingesetzten Beträge in Höhe von zusammen Euro 11.928,43 verbleiben für jene Tätigkeiten, für die eine Pflastererbefugnis erforderlich ist, ein Betrag von Euro 11.318,72,. Daraus errechnet sich ein Prozentsatz von 3,43 % an der Gesamtangebotssumme, die auf Arbeiten entfallen, die der Gewerbeberechtigung des "Pflasterers" zuzuordnen sind. Werden die Beträge für die Errichtung des Betonfundaments bzw. des Unterlagsbetons und des Einkaufes des Materials nicht in Abzug gebracht, errechnet sich ein Prozentsatz von 8,9 % der Gesamtangebotssumme. Werden nur die Kosten für die Errichtung des Betonfundaments bzw. des Unterlagsbetons abgezogen, ergibt dies einen Prozentsatz von 7,4 % an restlichen Pflastererarbeiten in Relation zur Gesamtangebotssumme von Euro 330.106,09. Bei diesen Berechnungen hat der Senat den Lohnanteil des Pflasterers in der LG 18 unberücksichtigt gelassen, weil der Lohnanteil für alle ausgeschriebenen Positionen der LG 18 bei Euro 15.506,02 liegt und selbst bei Annahme einer Leistung von 190 Mann-Stunden für Pflastererarbeiten, der darauf entfallende Lohnanteil nur 1,89 % der Gesamtangebotssumme ausmacht.

Nach Abzug der Kosten für die Errichtung des Betonfundaments bzw. des Unterlagsbetons und des Preises für das zu beschaffende Material (Randsteine) beträgt der Anteil der dem Gewerbe des Pflasterers vorbehaltenen Leistungen in der LG 18 3,43 % der Gesamtangebotssumme der Antragstellerin.

Im Langtextleistungsverzeichnis ist in der Leistungsgruppe 18 unter den Positionen 18.9201 und 18.0202 unter anderem festgelegt, dass die Randsteine, die in den Positionen 18.0201I bis 18.0201O näher beschrieben sind, vom Auftragnehmer zu liefern sind bzw. nach "Beistellung der Steine frei Baustelle durch den Auftraggeber (AD)" in ein Zementmörtelbett zu verlegen sind.

Die Pflastersteine und Randsteine werden normgemäß hergestellt und von verschiedenen Steinbrüchen in Österreich geliefert. Auch die Antragsgegnerin stellt, sofern passende Randsteine auf ihren Lagerplätzen vorhanden sind, diese Randsteine zur Verfügung (Protokoll Seite 3). Das Verfahren hat nicht ergeben, dass zur Beschaffung von Randsteinen bzw. Pflastersteinen eine Gewerbeberechtigung des Pflasterers notwendig wäre.

Wie dem Langtextausschreibungs-Leistungsverzeichnis zu entnehmen ist (Seite 35f) hat ein Auftragnehmer bei Erbringung der Leistungen, die in der LG 18 beschrieben sind, nicht nur die Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen RVS 08.1801 sondern auch zahlreiche, einschlägige ÖNORMEN zu beachten.

Die Ausscheidungsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten, je vom 25.6.2012 sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage im Faxwege zugekommen. Die zulässigerweise (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007) in einem Schriftsatz gestellten Anträge auf Nichtigerklärung diese beiden Entscheidungen sind am 20.6.2012 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Ausscheidungsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten, je vom 25.6.2012 sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage im Faxwege zugekommen. Die zulässigerweise (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007) in einem Schriftsatz gestellten Anträge auf Nichtigerklärung diese beiden Entscheidungen sind am 20.6.2012 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes der sorgfältig geführten Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde. Soweit Feststellungen daraus in das gegenständliche Verfahren übernommen wurden, sind die Fundstellen jeweils angeführt. Eindeutig war danach als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot einen Subunternehmer zur Durchführung der in der LG 18 zusammengefassten Leistungen nicht namhaft gemacht hat, sondern erst nach Angebotseröffnung, nachdem sie von der Antragsgegnerin hinsichtlich der Befugnis eines Pflasterers um Aufklärung ersucht wurde. Weder wurde von der Antragsgegnerin vorgebracht noch haben sich dafür Anhaltspunkte im Zuge des Verfahrens ergeben, dass für die Lieferung, das Abladen, und das Auflegen der Granitrandsteine sowie zur Herstellung des Unterbetons die Befugnis eines Pflasterers erforderlich wären. Obwohl die Antragsgegnerin vorgebracht hat, dass die Teilung der in der LG 18 angeführten Leistungen unzulässig wäre, hat sich für den Senat weder aus ihrem Vorbringen noch aufgrund sonstiger Ergebnisse des Verfahrens ergeben, dass die Antragstellerin diese Leistungen nicht auch aufgrund der eigenen Befugnis erbringen dürfte. Selbst die Ausschreibungsunterlagen sehen vor, dass die zu verbauenden Randsteine von der Auftraggeberin "frei Baustelle" beigestellt werden können. Die Höhe des Angebotspreises, der auf die LG 18 entfällt, ergibt sich unstrittigerweise aus dem Angebot der Antragstellerin. Der Senat hat bei der Berechnung des Prozentsatzes dieses Anteiles am Gesamtangebotspreis jene Leistungen herausgenommen, die auf die Errichtung des Betonfundaments bzw. des Unterlagsbetons und auf die Beschaffung des Materials entfallen und damit den Anteil der dem Gewerbe des Pflasterers vorbehaltenen Leistungen mit 3,43 % der Gesamtangebotssumme der Antragstellerin errechnet.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Durchführung von Straßenbau-, Pflasterungs- und Nebenarbeiten in der Erzherzog-Karl-Straße. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Durchführung von Straßenbau-, Pflasterungs- und Nebenarbeiten in der Erzherzog-Karl-Straße. Die Kundmachung des

Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis 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 der ihr angefochtenen Entscheidungen 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 Ausscheidungs- wie auch der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 Unterschwellenbereich 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 der ihr angefochtenen Entscheidungen 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 Ausscheidungs- wie auch der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 Unterschwellenbereich 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. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung liegt sie mit ihrem Angebot preislich an erster Stelle.

Sowohl die Ausscheidungs- als auch die getrennt ausgefertigte Zuschlagsentscheidung je vom 14.6.2012 sind der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr am 20.6.2012 eingelangter Nachprüfungsantrag, in dem zulässigerweise beide Entscheidungen angefochten werden (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007), ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Sowohl die Ausscheidungs- als auch die getrennt ausgefertigte Zuschlagsentscheidung je vom 14.6.2012 sind der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr am 20.6.2012 eingelangter Nachprüfungsantrag, in dem zulässigerweise beide Entscheidungen angefochten werden (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007), ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung und in weiterer Folge davon der Zuschlagsentscheidung erweist sich im Ergebnis als berechtigt.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens enthalten die Ausschreibungsunterlagen in den "Besonderen Angebotsbestimmungen der Magistratsabteilung 28", in Ergänzung der verbindlichen Regelungen der WD 307 - Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen, unter dem Abschnitt "Gewerbeberechtigungen", die für das gegenständliche Verfahren maßgebliche Festlegung: "Die im Folgenden aufgelisteten Gewerbeberechtigungen sind für das gegenständliche Bauvorhaben erforderlich:

Baumeister (Tiefbau), Pflasterer".

Im Leistungsverzeichnis betrifft die LG 18 "Pflastererarbeiten, Randbegrenzungen". Im Langtext-Leistungsverzeichnis werden die in dieser Leistungsgruppe anzubietenden Leistungen näher definiert; sie betreffen Herstellung von Unterlagsbeton, einseitige Schalung für Unterlagsbeton, Lieferung und Verlegung von Granitrandsteinen, deren Qualität und Abmessungen in einzelnen Positionen näher festgelegt sind. Nach den Vorbemerkungen zur LG 18 hat ein Auftragnehmer bei Durchführung dieser Arbeiten zahlreiche, näher festgelegte ÖNORMEN sowie die Richtlinien

und Vorschriften für das Straßenwesen RVS 08.18.01 sowohl bei seiner Kalkulation als auch bei Ausführung der Arbeiten zu beachten. In der Leistungsbeschreibung dieser LG ist auch festgehalten, dass Materialien etc. "bauseits frei Einbaustelle" vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden können.

Die Antragstellerin hat ein Angebot mit einer Nettoangebotssumme (nach 5 % Nachlass) von Euro 330.106,19 abgegeben. Für die in der LG 18 zusammengefassten "Pflasterer-Arbeiten" hat sie einen Preis von Euro 29.341,79 (nach 5 % Nachlass) ausgewiesen. Von diesem für die LG 18 ausgewiesenen Preis sind unter Berücksichtigung eines Nachlasses von je 5 % die Beträge für die Position 18.0102 C (Unterlagsbeton ohne Schalung) sowie 18.0106 A (einseitige Schalung bis 30 cm Höhe) zusammen Euro 6.094,63 sowie an Material (ebenfalls nach 5 % Nachlass) Euro 11.928,43 abzuziehen. Damit entfällt auf jene Leistungen, die dem Gewerbe des Pflasterers zugeordnet werden können, ein Betrag von Euro 11.318,72 (nach 5 % Nachlass). Dieser Betrag entspricht 3,43 % der Gesamtangebotssumme. Selbst wenn - wie von der Antragsgegnerin vorgebracht - der Lohnanteil bei den Leistungen der Gruppe 18 zu berücksichtigen wäre, wäre dieser für jene Leistungen, die dem Pflasterer zuzuordnen sind, mit rund 190 Mannstunden anzunehmen. Diese von der Antragstellerin vorgenommene Annahme (Schriftsatz vom 10.7.2012, Seite 4) blieb von der Antragsgegnerin unwidersprochen. Da der gesamte Lohnanteil für alle Positionen der LG 18 bei Euro 15.506,07 liegt, würde selbst eine Berücksichtigung des Lohnanteils bei den strittigen Leistungen nur eine geringfügige Erhöhung des dem Pflasterer vorbehaltenen Leistungsanteiles bedeuten. Auch in diesem Fall liegt die Gesamtanteilssumme jedenfalls deutlich unter 6 %.

Das Verfahren hat auch ergeben, dass die Antragstellerin einen Subunternehmer für die Durchführung der Leistungen, die in LG 18 zusammengefasst sind, mit dem Angebot nicht genannt hat, sondern erst nach Aufforderung durch die Antragsgegnerin. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragstellerin den Standpunkt vertritt, dies wäre nach den Ausschreibungsunterlagen zulässig gewesen, kann ihr nicht beigelegt werden. Nach den Ausschreibungsunterlagen ist in der Beilage 13.07.2 (Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern) eindeutig festgelegt, dass Subunternehmer bereits mit dem Angebot genannt werden müssen. Jener Passus auf den sich die Antragstellerin offenbar bezieht, betrifft die Genehmigung "allenfalls nachträglich nominierter Subunternehmer", die ausdrücklich der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers vor der Leistungserbringung bedarf. Daraus ist für jeden verständigen Bieter ersichtlich, dass diese Festlegung nicht die nach Angebotseröffnung erfolgte, erstmalige, nachträgliche Nominierung eines Subunternehmers betrifft, sondern den Wechsel eines Subunternehmers nach erfolgtem Zuschlag. Da die Antragstellerin in ihrem Angebot einen Subunternehmer nicht namhaft gemacht hat, ist für sie durch die nachträgliche, erstmalige Nennung eines Subunternehmers nach Angebotseröffnung nichts gewonnen.

Die Antragsgegnerin hat ihre Ausscheidungsentscheidung im Wesentlichen darauf gegründet, dass sich die Antragstellerin hinsichtlich der Leistungen in der LG 18 nicht auf die Bestimmung des § 32 GewO berufen könne, da es sich dabei weder

Die Antragsgegnerin hat ihre Ausscheidungsentscheidung im Wesentlichen darauf gegründet, dass sich die Antragstellerin hinsichtlich der Leistungen in der LG 18 nicht auf die Bestimmung des Paragraph 32, GewO berufen könne, da es sich dabei weder

um "Vor- und Vollendungsarbeiten, ... welche Produkte oder Dienstleistungen ...

absatzfähig machen" noch um "Leistungen im geringen Umfang, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen" handelt. Dafür sei sowohl der prozentuelle Anteil an der Gesamtleistung als auch der objektive Leistungsumfang zu hoch. Bei der Frage, ob es sich bei den Leistungen um solche "geringen Umfanges" handle, sei es unzulässig "ausschließlich auf eine wertmäßige Betrachtung" abzustellen.

Damit hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2010 ausgeschieden, weil es dieser an der Befugnis zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen fehlt. Folgend der Rechtsprechung des VwGH, vor allem in seiner Entscheidung vom 1. Juli 2010, Zl. 20074/0136 (in welchem Beschwerdeverfahren die Antragsgegnerin mitbeteiligte Partei gewesen ist), hat das Höchstgericht zunächst auf die Begründung seines Erkenntnisses vom 10.12.2009, Zl. 2009/04/0250 verwiesen. Im Übrigen hat es im Wesentlichen wie folgt ausgeführt: Damit hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2010 ausgeschieden, weil es dieser an der Befugnis zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen fehlt. Folgend der Rechtsprechung des VwGH, vor allem in seiner Entscheidung vom 1. Juli 2010, Zl. 20074/0136 (in welchem

Beschwerdeverfahren die Antragsgegnerin mitbeteiligte Partei gewesen ist), hat das Höchstgericht zunächst auf die Begründung seines Erkenntnisses vom 10.12.2009, Zl. 2009/04/0250 verwiesen. Im Übrigen hat es im Wesentlichen wie folgt ausgeführt:

"Mit den Leistungen anderer Gewerbe im geringen Umfang 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 im geringen Umfang 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 Leistungen abstellt. Der Verwaltungsgerichtshof sah daher die Auffassung der (dort) belangten Behörde, es reiche bereits aus, dass es sich bei einer Leistung um einen "wesentlichen Leistungsteil 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 Leistungen abstellt. Der Verwaltungsgerichtshof sah daher die Auffassung der (dort) belangten Behörde, es reiche bereits aus, dass es sich bei einer Leistung um einen "wesentlichen Leistungsteil 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 dieser eindeutigen Begründung des Höchstgerichtes im gegenständlichen Fall abzugehen.

Nach den Feststellungen entfällt auf die Leistungen der LG 18 ein Betrag von Euro 29.341,79. Hier vertritt der Senat zunächst - entgegen dem Standpunkt der Antragsgegnerin - die Ansicht, dass zur Berechnung des Prozentanteiles dieser Betrag nicht der von der Antragsgegnerin geschätzten Auftragssumme gegenüber zu stellen ist sondern der Gesamtangebotssumme der Antragstellerin. Weiters teilt der Senat den Standpunkt der Antragstellerin, dass nicht für alle Leistungen, die in der LG 18 zusammengefasst sind, zwingend die Befugnis des "Pflasterers" erforderlich ist, also alle darin verzeichneten Leistungen von einem Pflasterer zu erbringen sind. Sowohl die Errichtung des Betonfundaments samt Unterlagsbeton als auch die einseitige Schalung ist durch die Baumeisterbefugnis der Antragstellerin gedeckt. Es ist auch kein Grund dafür ersichtlich, warum der Einkauf des Materials insbesondere der Randsteine nicht auch durch die Befugnis der Antragstellerin gedeckt sein sollte. Im Falle des erteilten Zuschlages ist die Antragstellerin Auftragnehmerin und haftet damit für die ordnungsgemäße Erbringung all jener Leistungen, die im Leistungsverzeichnis beschrieben sind. Dabei hat sie sich an die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zu halten, in denen an keiner Stelle bestimmt ist, dass eine Teilung der in der LG 18 beschriebenen Leistungen unzulässig wäre. Selbst die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung zugestanden, dass (was sich im Übrigen mit dem Leistungsverzeichnis deckt) die Pflastersteine und Randsteine normgemäß hergestellt und geliefert werden und teilweise von der Auftraggeberin, soweit solche auf ihren Lagerplätzen vorhanden sind, für die Arbeiten zur Verfügung gestellt werden. Ausgehend von diesen Überlegungen ergibt sich, dass jener Leistungsteil, der dem Pflasterer vorbehalten ist, sich auf etwa 3,43 % der Gesamtangebotssumme beläuft. Selbst unter Berücksichtigung eines Lohnanteiles, wie von der Antragsgegnerin vorgebracht, würde sich damit nur eine geringfügige, unter 2 % des Gesamtangebotspreises liegende Summe ergeben. Selbst unter Einbeziehung dieser Komponente würde der Anteil der dem Pflasterer verbliebenen Leistungen unter 6 % der Gesamtangebotssumme liegen.

In seinem, bereits oben teilweise wiedergegebenen 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). Soweit sich die

Antragsgegnerin zur Stützung ihres Standpunktes auf die bestandfesten Besonderen Angebotsbestimmungen der Magistratsabtei-In seinem, bereits oben teilweise wiedergegebenen 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). Soweit sich die Antragsgegnerin zur Stützung ihres Standpunktes auf die bestandfesten Besonderen Angebotsbestimmungen der Magistratsabtei-

lung 28 beruft, wonach "für das gegenständliche Bauvorhaben ... die Gewerbebe-

rechtigung des Pflasterers" erforderlich ist, ist für sie nichts gewonnen. Diese Festlegung ist, der Rechtsansicht des Höchstgerichtes folgend, nicht dahin zu verstehen, "dass sie eine vom § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 abweichende Regelung treffen will, sondern ist (im Zweifel) gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit dieser Bestimmung der GewO 1994 zu lesen". Gegenständlich liegt es auf der Hand, dass die strittigen Leistungen die "eigenen Leistungen" der Antragstellerin im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 "wirtschaftlich sinnvoll ergänzen". Nach den Feststellungen überschreiten die gegenständlichen strittigen Nebenleistungen nicht 6 % der Gesamtangebotssumme der Antragstellerin. 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 6 % der Gesamtangebotssumme der Antragstellerin liegenden Nebenleistungen als jedenfalls geringfügig im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO zu werten. Wenn daher die Antragstellerin 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 Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, mit eigenen Kräften ausführen. Da die von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe nicht vorliegen, war die angefochtene Ausscheidungsentscheidung vom 14.6.2012 für nichtig zu erklären. rechtigung des Pflasterers" erforderlich ist, ist für sie nichts gewonnen. Diese Festlegung ist, der Rechtsansicht des Höchstgerichtes folgend, nicht dahin zu verstehen, "dass sie eine vom Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 abweichende Regelung treffen will, sondern ist (im Zweifel) gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit dieser Bestimmung der GewO 1994 zu lesen". Gegenständlich liegt es auf der Hand, dass die strittigen Leistungen die "eigenen Leistungen" der Antragstellerin im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 "wirtschaftlich sinnvoll ergänzen". Nach den Feststellungen überschreiten die gegenständlichen strittigen Nebenleistungen nicht 6 % der Gesamtangebotssumme der Antragstellerin. 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 6 % der Gesamtangebotssumme der Antragstellerin liegenden Nebenleistungen als jedenfalls geringfügig im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO zu werten. Wenn daher die Antragstellerin 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 Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, mit eigenen Kräften ausführen. Da die von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe nicht vorliegen, war die angefochtene Ausscheidungsentscheidung vom 14.6.2012 für nichtig zu erklären.

Nach § 130 BVergG 2006 ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Im Hinblick darauf, dass die Ausscheidungsentscheidung für nichtig erklärt wurde, liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot derzeit preislich an erster Stelle, weshalb die Zuschlagsentscheidung zugunsten der an zweiter Stelle gereihten Teilnehmereberechtigten ebenfalls für nichtig zu erklären war. Nach Paragraph 130, BVergG 2006 ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Im Hinblick darauf, dass die Ausscheidungsentscheidung für nichtig erklärt wurde, liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot derzeit preislich an erster Stelle, weshalb die Zuschlagsentscheidung zugunsten der an zweiter Stelle gereihten Teilnahmeberechtigten ebenfalls für nichtig zu erklären war.

Mit diesen Entscheidungen ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 25.6.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit diesen Entscheidungen ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 25.6.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen vor.

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

Schlagworte

Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; quantitative Betrachtung von Leistungen geringen Umfangs iSd § 32 GewO 1994 (Nebenrechte);

Zuletzt aktualisiert am

07.11.2012

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