

TE Bvwg Erkenntnis 2015/10/9 W134 2112889-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.10.2015

Entscheidungsdatum

09.10.2015

Norm

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

GewO 1994 §29

GewO 1994 §32 Abs1 Z1

GewO 1994 §94 Z24

GewO 1994 §99

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. GewO 1994 § 29 heute
2. GewO 1994 § 29 gültig ab 01.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
3. GewO 1994 § 29 gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

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

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 99 heute
2. GewO 1994 § 99 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 99 gültig von 27.03.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
4. GewO 1994 § 99 gültig von 01.01.2014 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
5. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
6. GewO 1994 § 99 gültig von 14.09.2012 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
7. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
8. GewO 1994 § 99 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
9. GewO 1994 § 99 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W134 2112889-2/24E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "S7 Fürstenfelder Schnellstraße , Abschnitt West, Landschaftsbau und Pflege vorgezogene Maßnahmen", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund der Anträge der XXXX, vom 24.08.2015 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "S7 Fürstenfelder Schnellstraße , Abschnitt West, Landschaftsbau und Pflege vorgezogene Maßnahmen", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund der Anträge der römisch 40 , vom 24.08.2015 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der Firma XXXX (Nettoangebotssumme Euro 589.243,16) zu erteilen, für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. römisch eins. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der Firma römisch 40 (Nettoangebotssumme Euro 589.243,16) zu erteilen, für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

II. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "die Antragsgegnerin in den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag (Euro 3078) und für den Antrag auf einstweilige Verfügung (Euro 1539) von insgesamt Euro 4617 verfallen" wird gemäß § 319 BVergG abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "die Antragsgegnerin in den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag (Euro 3078) und für den Antrag auf einstweilige Verfügung (Euro 1539) von insgesamt Euro 4617 verfallen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 24.08.2015, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 17.08.2015, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die von der Antragsgegnerin getroffene Zuschlagsentscheidung vom 17.08.2015 dem Angebot der Firma XXXX den Zuschlag erteilen zu wollen sei rechtswidrig. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die erforderliche Befugnis, insbesondere nicht über die Gewerbeberechtigung des Baumeisters gemäß § 99 GewO. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe auch keinen Subunternehmer namhaft gemacht. Der Anteil der Baumeisterarbeiten am gegenständlichen Auftrag betrage ca. 24 %. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin könne sich

daher nicht auf § 32 GewO berufen. Das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin wäre daher gemäß § 129 BVergG auszuscheiden gewesen. Die von der Antragsgegnerin getroffene Zuschlagsentscheidung vom 17.08.2015 dem Angebot der Firma römisch 40 den Zuschlag erteilen zu wollen sei rechtswidrig. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die erforderliche Befugnis, insbesondere nicht über die Gewerbeberechtigung des Baumeisters gemäß Paragraph 99, GewO. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe auch keinen Subunternehmer namhaft gemacht. Der Anteil der Baumeisterarbeiten am gegenständlichen Auftrag betrage ca. 24 %. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin könne sich daher nicht auf Paragraph 32, GewO berufen. Das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin wäre daher gemäß Paragraph 129, BVergG auszuscheiden gewesen.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 26.08.2015 gab diese zusammengefasst bekannt, dass Auftraggeberin die ASFINAG, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 29.05.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung sei am 17.08.2015 ergangen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 31.08.2015 gab diese zusammengefasst bekannt, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin unter anderem über die Gewerbeberechtigung Gärtner gemäß § 94 Z. 24 GewO verfüge. Diese Gewerbeberechtigung sei für die Erbringung der gegenständlichen Leistungen jedenfalls ausreichend. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 31.08.2015 gab diese zusammengefasst bekannt, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin unter anderem über die Gewerbeberechtigung Gärtner gemäß Paragraph 94, Ziffer 24, GewO verfüge. Diese Gewerbeberechtigung sei für die Erbringung der gegenständlichen Leistungen jedenfalls ausreichend.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 01.09.2015, W 134 2112889 - 1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben der präsuntiven Zuschlagsempfängerin XXXX vom 03.09.2015 vertrat diese die Ansicht, dass sie mit der Gewerbeberechtigung Gärtner über die entsprechende Befugnis verfüge, die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Sie verwies auf eine Stellungnahme der Landesinnung der Gärtner und Floristen der Wirtschaftskammer Kärnten vom 31.07.2015 die diese Rechtsansicht bestätige. Die Antragstellerin verfüge ausschließlich über das Baumeistergewerbe und nicht über die Gewerbeberechtigung des Gärtners. Ein Baumeister dürfe jedoch gemäß § 99 Abs. 2 der Gewerbeordnung nur dann Tätigkeiten der Gärtner ausüben, wenn diese im Rahmen seiner Bauführung zu erfolgen hätten. Der Antragstellerin mangle es daher an der erforderlichen Befugnis und damit an der Antragslegitimation. Mit Schreiben der präsuntiven Zuschlagsempfängerin römisch 40 vom 03.09.2015 vertrat diese die Ansicht, dass sie mit der Gewerbeberechtigung Gärtner über die entsprechende Befugnis verfüge, die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Sie verwies auf eine Stellungnahme der Landesinnung der Gärtner und Floristen der Wirtschaftskammer Kärnten vom 31.07.2015 die diese Rechtsansicht bestätige. Die Antragstellerin verfüge ausschließlich über das Baumeistergewerbe und nicht über die Gewerbeberechtigung des Gärtners. Ein Baumeister dürfe jedoch gemäß Paragraph 99, Absatz 2, der Gewerbeordnung nur dann Tätigkeiten der Gärtner ausüben, wenn diese im Rahmen seiner Bauführung zu erfolgen hätten. Der Antragstellerin mangle es daher an der erforderlichen Befugnis und damit an der Antragslegitimation.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 14.09.2015 listete diese nach ihrer Meinung ausschließlich einem Baumeister vorbehaltene Tätigkeiten des gegenständlichen Bauvorhabens auf.

Am 24.09.2015 fand darüber im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde unter anderem folgendes vorgebracht:

"VR fragt die Antragstellerin: Welche Positionen der Ausschreibung sind Ihrer Meinung nach dem Baumeister vorbehalten?

XXXX: Position 01020590Z Baustellenzufahrt

Es handelt sich hierbei um klassische Tätigkeiten eines Tiefbauunternehmens. Es müssen Zufahrtsstraßen errichtet werden, wofür die Herstellung eines entsprechenden Untergrundes mit der entsprechenden Tragfähigkeit für Baufahrzeuge aller Art vorgesehen ist. Diese Position umfasst im Angebot der Antragstellerin 1,8% der

Gesamtauftragssumme.

XXXX: Aus Sicht der Auftraggeberin ist für die Ausführung dieser Position nicht die Befugnis Baumeister erforderlich. In dieser Position sind lediglich bereits vorhandene Wege in der Natur zu ertüchtigen. Es ist nicht vorgesehen, einen Unterbau herzustellen. Es handelt sich um bereits in der Natur bestehende Wald- Wiesen- und Güterwege, die für diese Baumaßnahme entsprechend ertüchtigt werden müssen, damit der Auftragnehmer diese Wege selbst benützen kann. Diese Ertüchtigung findet im Eigeninteresse des Auftragnehmers statt, damit die Maßnahme umgesetzt werden kann.

XXXX: Die Antragsgegnerin ist zur Herstellung der Baustellenzufahrten iSd Ausschreibungsbedingungen insbesondere gem. Pkt. B2.7.5.3 der Baubeschreibung berechtigt, zumal ausdrücklich darin festgehalten ist, dass der jeweilige Auftragnehmer in Abhängigkeit von seinem eigenen Gerätekonzept bereits bestehende Güter- und Forstwege soweit zu ertüchtigen, dass er in der Lage ist, mit seinen Gerätschaften, die gem. Baubeschreibung vornehmlich aus für den Landschaftsbau üblichen Sonderfahrzeugen bestehen soll, einzusetzen.

XXXX: Ich habe mir die Situation konkret vor Ort angesehen. Die derzeit bestehenden Forst- und Güterwege bedürfen auf Grund des aktuellen Zustandes nur geringste Ertüchtigungsmaßnahmen im Hinblick auf eventuelle Wasserführungen und Wasserableitungen bzw. die Aufbringung von Schotter bei Vorliegen von Weichstellen. Im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin macht diese Position 0,59% der Gesamtangebotssumme aus. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sieht grundsätzlich in der Angabe dieser Prozentzahlen keine Verletzung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.

XXXX: Auch die Antragstellerin sieht grundsätzlich in der Angabe dieser Prozentzahlen keine Verletzung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.

XXXX: Zur Position 01030299Z:

Die Position 01030299Z ist ebenfalls dem Baumeister vorbehalten. Gemäß Stellungnahme der Wirtschaftskammer Steiermark vom 28.07.2015 sind Abbrucharbeiten und Betonarbeiten dem Baumeistergewerbe vorbehalten. Bei der konkreten Position muss nicht nur ein bestehender Zaun entfernt werden, sondern auch die entsprechenden Betonfundamente, welche zu diesem Zweck sach- und fachgemäß zu trennen und zu entsorgen sind. Dabei handelt es sich nach Auffassung der Antragstellerin um eine Abbruchtätigkeit, die dem Baumeistergewerbe vorbehalten ist. Der Anteil der bezug habenden Position am Gesamtangebotspreis beträgt 9,15%.

XXXX: Bei dieser Position handelt es sich nicht um Abbruchtätigkeiten, sondern wurde der Abbau des bestehenden Wildschutzzaunes ausgeschrieben. Die örtlichen Gegebenheiten vor Ort sind derart, dass maximal jeder fünfte Zaunpfahl mittels Betonfundament (Punktfundament) verankert ist. Die Arbeiten des Abbaus gestalten sich derart, dass der Zaun abgebaut und das Fundament entfernt wird.

XXXX: Der Anteil der bezug habenden Position am Gesamtangebotspreis beträgt 4,86%. Der Abbau und das Ausgraben allenfalls bestehender Punktfundamente bei einem bereits bestehenden provisorischen Wildschutzzaun unterliegt nicht einer Ausschließlichkeit des Gewerbes Bau und wird in diesem Zusammenhang auf die Basisinformationen zum Gärtnergewerbe gemäß Beilage ./3 (Schriftsatz vom 04.09.2015) verwiesen, wo unter Punkt 5. u.a. festgehalten ist, dass der Gärtner zur Erstellung und Pflege gesamter Außenanlagen im Wohnungsbau, als auch öffentlicher Sektor, einschließlich Lärmschutzeinrichtungen berechtigt ist.

XXXX: Ergänzend dazu verweise ich auf Beilage 20 des Vergabeberichtes, Gewerbeinformation zur Befugnis Gärtner der Wirtschaftskammer Steiermark. Demnach sind vom Berufsumfang Landschaftsbauarbeiten im Rahmen des Umweltschutzes umfasst.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um eine solche. Sämtliche Positionen der Ausschreibung wurden im Zuge der Prüfung anhand des vorliegenden Berufsumfanges für Gärtner derart geprüft, ob diese von diesem Berufsumfang umfasst sind. Zum Beispiel darf ein Gärtner Lärmschutzeinrichtungen errichten, bei derartigen Lärmschutzeinrichtungen ist davon auszugehen, dass ein Fundament zu errichten ist bzw. statische Anforderungen zu erfüllen sind. Schon aus diesem Grund wäre, bezogen auf diese Position, der Abbau eines provisorischen Wildschutzzaunes umfasst.

XXXX: Die folgenden Positionsnummern betreffen die Herstellung von

Amphibienteichen und werden gemeinsam behandelt: Positionsnummer 02032551H Aushub Amphibienteich BKL1-5, laden und wegschaffen; Positionsnummer 02032552C Aushub Amphibienteich BKL1-5, laden und Verfuhr Baustellenbereich; Positionsnummer: 02032599Z: Herstellung

Dammkörper; Positionsnummer: 02270301Z Abdichtung mit Lehm, ED =

50cm, LD =10cm. Der Preis für diese vier Positionen beträgt 5,89%

vom Gesamtangebotspreis der Antragstellerin. Laut der Stellungnahme der Wirtschaftskammer Steiermark vom 28.07.2015 an die Antragstellerin sind Erd- und Abtragarbeiten ab einer Tiefe bzw. bei einer Aufschüttung ab einer Höhe von 1,25m statisch belangreich und daher jedenfalls durch ein befugtes Unternehmen (Baumeisterunternehmen) durchzuführen. Die ausschreibungsgegenständlichen Amphibienteiche weisen eine maximale Tiefe von 2 Meter auf und sind als Arbeiten zu qualifizieren, die dem Baumeistergewerbe vorbehalten sind.

XXXX: Bei den gegenständlichen Positionen handelt es sich zum einen um die Erstellung von Amphibienteichen (Ausheben, Material wegschaffen, Herstellung eines Dammkörpers mit Höhe kleiner 1 Meter und das Abdichten mit Lehm). Aus Sicht der Auftraggeberin sind trotz der maximalen Tiefe in der Mitte des Teiches keine statischen Anforderungen zu berücksichtigen, weil der Teich derart flach ausufert, dass ein Einsturz des Geländes ausgeschlossen ist, ein Vergleich mit einer klassischen 2 Meter tiefen Baugrube ist in keinem Fall angebracht. Vorgelegt wird ein Detailplan Amphibienteich 500m² AM 317.

XXXX: Bei den gegenständlichen Amphibienteichen ist ein Einsturz des Geländes nicht zu befürchten.

XXXX: Aus Sicht der Auftraggeberin ist für die Umsetzung dieser Positionen die Befugnis Baumeister nicht erforderlich. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf die Auskunft der Wirtschaftskammer Kärnten vom 31.07.2015, demnach dürfen Gärtner technische und naturnahe Wasseranlagen, wie Teiche und Wasserläufe herstellen und ist diese Festlegung mit der Bundesinnung Bau und der Bundesinnung der Gärtner und Floristen abgestimmt. Ein Vorbehalt des Baus hinsichtlich der Tätigkeit (Herstellung von Teichen) wurde nicht beansprucht. Zudem wird auf die Beilage 20 des Vergabeberichtes verwiesen, wonach vom Berufsumfang des Gärtners der Deich- Hang-Halden- und Böschungsverbau, einschließlich Faschinenbau, umfasst ist. Zudem ist der Gärtner zum Erstellen und Pflegen von Golfplätzen berechtigt. Bei einem Golfplatz finden sich in der Regel Teichanlagen, die in vergleichbarer Art errichtet werden. Auch aus diesem Grund ist die Befugnis Gärtner aus Sicht der Auftraggeberin ausreichend.

XXXX: Die vier genannten Positionen machen im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen Anteil von 4,9% der Gesamtangebotssumme aus.

XXXX: Zu 03030216A:

Laut der Leistungsbeschreibung sind die Zaunsäulen fachgerecht zu versetzen. Nach Auffassung der Antragstellerin ist für das fachgerechte Versetzen die ÖNORM EN 1991-1-4, zu beachten, die Einwirkungen von Windlasten auf Tragwerke regelt und unter Punkt

7.4. anordnet, dass für Zäune ein sogenannter Völligkeitsgrad von Phi kleiner gleich 0,8 zu beachten ist. Die Beachtung dieses Völligkeitsgrades hat naturgemäß Auswirkungen auf die Konzeption des Betonfundamentes, sodass aus diesem Grund die bezug habende Tätigkeit dem Baumeistergewerbe zuzuordnen ist, obwohl zuzugeben ist, dass diese ÖNORM in der Ausschreibung nicht genannt ist. Der Anteil dieser Position beträgt 7,09% des Gesamtangebotspreises der Antragstellerin.

XXXX: Die von der Antragstellerin genannte ÖNORM ist von der Ausschreibung nicht gefordert. Dieser Position wurde die ÖNORM L1121 - Schutz von Gehölzen und Vegetation zugrunde gelegt, derartige statische Berechnungen, wie von der Antragstellerin vorgebracht, waren nicht gefordert. Die Ausschreibungsunterlagen sind bestandsfest geworden. Aus Sicht der Auftraggeberin ist auch das Herstellen des Wildschutzzaunes vom Beruf Gärtner umfasst (vgl. insbesondere die Gewerbeinformation WKÖ, Gärtnergewerbe, Beilage 20 zum Vergabebericht). Demnach darf der Gärtner sogar Lärmschutzeinrichtungen errichten. Daher ist die Errichtung des Wildschutzzaunes vom Beruf Gärtner umfasst. Selbst wenn man - wovon die Auftraggeberin nicht ausgeht - davon ausgeht, dass die Befugnis des Baumeisters erforderlich ist, wäre diese Position auf Grund des geringen Umfangs iSd §32 Abs. 1 Z1 Gewerbeordnung umfasst.XXXX: Die von der Antragstellerin genannte ÖNORM ist von der Ausschreibung nicht gefordert. Dieser Position wurde die ÖNORM L1121 - Schutz von Gehölzen und Vegetation zugrunde gelegt, derartige statische Berechnungen, wie von der Antragstellerin vorgebracht, waren nicht gefordert. Die Ausschreibungsunterlagen sind bestandsfest

geworden. Aus Sicht der Auftraggeberin ist auch das Herstellen des Wildschutzzaunes vom Beruf Gärtner umfasst (vergleiche insbesondere die Gewerbeinformation WKÖ, Gärtnergewerbe, Beilage 20 zum Vergabebericht). Demnach darf der Gärtner sogar Lärmschutzeinrichtungen errichten. Daher ist die Errichtung des Wildschutzzaunes vom Beruf Gärtner umfasst. Selbst wenn man - wovon die Auftraggeberin nicht ausgeht - davon ausgeht, dass die Befugnis des Baumeisters erforderlich ist, wäre diese Position auf Grund des geringen Umfangs iSd §32 Absatz eins, Z1 Gewerbeordnung umfasst.

XXXX: Der Anteil dieser Position im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt 5,24% der Gesamtangebotssumme.

Diese Position ist vom Berufsumfang der Gärtner jedenfalls mitumfasst. Sollte, was ausdrücklich bestritten wird, das Einbetonieren der Zaunsäulen eine ausschließlich dem Baumeistergewerbe vorbehaltene Tätigkeit sein, ist festzuhalten, dass es dem jeweiligen Auftragnehmer frei gestellt ist, das fachgerechte Versetzen der Zaunsäulen entweder durch Rammen oder aber durch Einbetonieren herzustellen, sodass im Ergebnis die behauptete bauliche Tätigkeit der Herstellung von Punktfundamenten nicht zwingend notwendig ist.

XXXX: Bezogen auf 030216 wird festgehalten, dass die Leistung, das fachgerechte Versetzen der Zaunsäulen mit Rammen bzw. Einbetonieren ausdrücklich vorsieht bzw. das Laden und Wegschaffen des überschüssigen Aushubmaterials festgelegt. Somit ist die Wahl der Umsetzung entweder durch Rammen oder Einbetonieren möglich. Somit wurde dem Auftragnehmer frei gestellt, die Zaunsteher einzubetonieren oder eben nicht.

Der VR trägt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf, bis spätestens 28.09.2015 ihre Gewerbebeanmeldung und ihren gewerberechtlichen Bescheid vorzulegen.

VR fragt die präsumtive Zuschlagsempfängerin: Wie werden Sie den Zaun bei Positions Nummer 03030216A versetzen?

XXXX: Die Zaunsteher werden durch Rammen versetzt werden."

Am 4. 20.09.2015 legte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Gewerbebeanmeldung der XXXX vor. Der Wortlaut der Gewerbeberechtigung darin lautet wie folgt: "Gärtner gemäß § 94 Z. 24 GewO". Am 4. 20.09.2015 legte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Gewerbebeanmeldung der römisch 40 vor. Der Wortlaut der Gewerbeberechtigung darin lautet wie folgt: "Gärtner gemäß Paragraph 94, Ziffer 24, GewO".

Mit Schreiben vom 28.09.2015 brachte die Antragstellerin vor, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angekündigte Durchführen des Rammens von Zaunsäulen der RVS 04.03.12 widerspreche.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 29.05.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der XXXX ist am 17.08.2015 ergangen. (Schreiben der Auftraggeber vom 26.08.2015, Akt des Vergabeverfahrens). Die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 29.05.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der römisch 40 ist am 17.08.2015 ergangen. (Schreiben der Auftraggeber vom 26.08.2015, Akt des Vergabeverfahrens).

Die Antragstellerin verfügte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe Gärtner gemäß § 94 Z 24 GewO 1994. Der Wortlaut der Gewerbeberechtigung entsprechend der Gewerbebeanmeldung der Antragstellerin lautet: "Gärtner gemäß § 94 Ziff. 24 GewO". (Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria Stichtag 23.09.2015; Gewerbebeanmeldung OZ 22) Die Antragstellerin verfügte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe Gärtner gemäß Paragraph 94, Ziffer 24, GewO 1994. Der Wortlaut der Gewerbeberechtigung entsprechend der Gewerbebeanmeldung der Antragstellerin lautet: "Gärtner gemäß Paragraph 94, Ziff. 24 GewO". (Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria Stichtag 23.09.2015; Gewerbebeanmeldung OZ 22)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht rechtzeitig angefochten wurden und daher bestandsfest geworden sind. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065).

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

Allgemein ist zu sagen, dass mit der Gewerberechtsnovelle 2002 die Gewerbeordnung 1994 mit dem Ziel einer Liberalisierung von Berufszugang und Nebenrechten umfassend reformiert werden sollte. Insbesondere sollten nicht mehr erforderliche oder allzu kasuistische Regelungen eliminiert und bürokratische Barrieren für das Selbständigwerden beseitigt werden (EB 1117 BlgNR 21. GP 64; vgl. auch VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210). Allgemein ist zu sagen, dass mit der Gewerberechtsnovelle 2002 die Gewerbeordnung 1994 mit dem Ziel einer Liberalisierung von Berufszugang und Nebenrechten umfassend reformiert werden sollte. Insbesondere sollten nicht mehr erforderliche oder allzu kasuistische Regelungen eliminiert und bürokratische Barrieren für das Selbständigwerden beseitigt werden (EB 1117 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 64; vergleiche auch VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210).

3. a) Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat vorgebracht, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangeln würde. Die Antragstellerin verfüge ausschließlich über das Baumeistergewerbe und nicht über die Gewerbeberechtigung des Gärtners.

Die Gewerbeberechtigung Baumeister reicht aus, um für den gegenständlichen Auftrag ausreichend befugt zu sein. Die Antragstellerin ist daher antragslegitimiert.

3. b) Zum Nachprüfungsantrag (Spruchpunkt A) I.): 3. b) Zum Nachprüfungsantrag (Spruchpunkt A) römisch eins.):

§ 29 GewO 1994 BGBl. Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002 lautet: Paragraph 29, GewO 1994 Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 111 aus 2002, lautet:

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

Die Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Berufsausbildung im Lehrberuf Garten- und Grünflächengestaltung (Garten- und Grünflächengestaltung-Ausbildungsverordnung), BGBl. II Nr. 152/2006, lautet auszugsweise: Die Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Berufsausbildung im Lehrberuf Garten- und Grünflächengestaltung (Garten- und Grünflächengestaltung-Ausbildungsverordnung), Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 152 aus 2006,, lautet auszugsweise:

"Berufsbild

§ 3. (1) Für die Ausbildung wird folgender Allgemeiner Teil festgelegt. Die angeführten Fertigkeiten und Kenntnisse sind spätestens in dem jeweils angeführten Lehrjahr beginnend derart zu vermitteln, dass sie nach einer Einführung erweitert, vertieft und schließlich in der betrieblichen Praxis fachgerecht angewendet werden. Paragraph 3, (1) Für die Ausbildung wird folgender Allgemeiner Teil festgelegt. Die angeführten Fertigkeiten und Kenntnisse sind spätestens in dem jeweils angeführten Lehrjahr beginnend derart zu vermitteln, dass sie nach einer Einführung erweitert, vertieft und schließlich in der betrieblichen Praxis fachgerecht angewendet werden.

3. Lehrjahr:

16. Erstellen von technischen und naturnahen Wasseranlagen, wie Teiche, Bachläufe, Schwimmteiche

18. Durchführung des gärtnerischen Hangverbaus und der gärtnerischen Hangsicherung (ingenieurb biologische Baumaßnahmen, Pflanze als Baustoff)

19. Gärtnerischer Mauerbau, einschließlich der Einfriedungen"

Gemäß der Gewerbeinformation der WKÖ Steiermark für das Gewerbe Gärtner gemäß § 94 Z. 24 GewO 1994 hat dieses Gewerbe folgenden Berufsumfang: Gemäß der Gewerbeinformation der WKÖ Steiermark für das Gewerbe Gärtner gemäß Paragraph 94, Ziffer 24, GewO 1994 hat dieses Gewerbe folgenden Berufsumfang:

"1. Planung aller Grünflächenprojekte sowie deren Pflege

2. Erstellung und Pflege von Garten-, Park- und Grünanlagen

3. Erstellung und Pflege von Sport- und Spielplätzen

4. Erstellung und Pflege von Golfplätzen

5. Erstellung und Pflege der gesamten Außenanlagen im Wohnungsbau, bei öffentlichen Vorhaben wie bei Schulen, Krankenhäusern, Plätzen, Kasernen, einschließlich Lärmschutzeinrichtungen

6. Deich-, Hang-, Halden- und Böschungsverbau einschließlich Faschinenbau

7. Großbaumverpflanzungen

8. Baumpflege und Baumsanierung

9. Ingenieurb biologische Arbeiten aller Art

10. Landschaftsbauarbeiten im Rahmen des Umweltschutzes

11. Schutzpflanzungen aller Art

12. Drainagierungs- und Meliorationsarbeiten

13. Landesgewinnungs- und Rekultivierungsarbeiten

14. Erstellung und Pflege von Friedhofsanlagen

15. Anlage und Pflege von Bach- und Terrassengärten sowie Fassadenbegrünung

16. Hydrokulturlpflanzungen"

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin aufgrund bestimmter Positionen des Leistungsverzeichnisses, deren Ausführung einem Baumeister vorbehalten seien, nicht über die erforderliche Befugnis für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages verfüge.

Für den Umfang der Gewerbeberechtigung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ist gemäß § 29 GewO der Wortlaut der Gewerbeanmeldung im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Der Wortlaut der Gewerbeanmeldung lautet: "Gärtner gemäß § 94 Ziff. 24 GewO". § 94 Z. 24 GewO lautet: Für den Umfang der Gewerbeberechtigung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ist gemäß Paragraph 29, GewO der Wortlaut der Gewerbeanmeldung im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Der Wortlaut der Gewerbeanmeldung lautet: "Gärtner gemäß Paragraph 94, Ziff. 24 GewO". Paragraph 94, Ziffer 24, GewO lautet:

"Gärtner; Blumenbinder (Floristen) (verbundenes Handwerk)". Aus § 3 der Garten- und Grünflächengestaltung-Ausbildungsverordnung ergibt sich, dass (soweit im gegenständlichen Fall von Relevanz) folgende Arbeiten vom Umfang der Gewerbeberechtigung der Gärtner umfasst sind: Erstellen von technischen und naturnahen Wasseranlagen, wie Teiche, Bachläufe, Schwimmteiche; Durchführung des gärtnerischen Hangverbaus und der gärtnerischen Hangsicherung (ingenieurb biologische Baumaßnahmen, Pflanze als Baustoff); Gärtnerischer Mauerbau, einschließlich der Einfriedungen. "Gärtner; Blumenbinder (Floristen) (verbundenes Handwerk)". Aus Paragraph 3, der Garten- und Grünflächengestaltung-Ausbildungsverordnung ergibt sich, dass (soweit im gegenständlichen Fall von Relevanz) folgende Arbeiten vom Umfang der Gewerbeberechtigung der Gärtner umfasst sind: Erstellen von

technischen und naturnahen Wasseranlagen, wie Teiche, Bachläufe, Schwimmteiche; Durchführung des gärtnerischen Hangverbau und der gärtnerischen Hangsicherung (ingenieurblogische Baumaßnahmen, Pflanze als Baustoff); Gärtnerischer Mauerbau, einschließlich der Einfriedungen.

Im Zweifelsfall sind gemäß § 29 GewO unter anderem die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen. Gemäß der Gewerbeinformation der WKO Steiermark für das Gewerbe Gärtner gemäß § 94 Z. 24 GewO 1994 hat dieses Gewerbe (soweit im gegenständlichen Fall von Relevanz) folgenden Berufsumfang: Im Zweifelsfall sind gemäß Paragraph 29, GewO unter anderem die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen. Gemäß der Gewerbeinformation der WKO Steiermark für das Gewerbe Gärtner gemäß Paragraph 94, Ziffer 24, GewO 1994 hat dieses Gewerbe (soweit im gegenständlichen Fall von Relevanz) folgenden Berufsumfang:

Erstellung und Pflege von Garten-, Park- und Grünanlagen; Erstellung und Pflege von Golfplätzen; Erstellung und Pflege der gesamten Außenanlagen im Wohnungsbau, bei öffentlichen Vorhaben wie bei Schulen, Krankenhäusern, Plätzen, Kasernen, einschließlich Lärmschutzeinrichtungen; Deich-, Hang-, Halden- und Böschungsverbau einschließlich Faschinenbau; Ingenieurblogische Arbeiten aller Art; Landschaftsbauarbeiten im Rahmen des Umweltschutzes; Drainagierungs- und Meliorationsarbeiten.

Die Antragstellerin hat mehrere Positionen des Leistungsverzeichnisses in der mündlichen Verhandlung benannt, welche einem Baumeister vorbehalten seien. Diese Positionen sollen nun im Einzelnen geprüft werden.

1. Ad Position 01020590Z Baustellenzufahrt:

Wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt und die Auftraggeberin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben haben, geht es bei dieser Position um die Herstellung von Zufahrten zu den Baustellen der Amphibienteiche, also das Ertüchtigen von bereits in der Natur bestehenden Wald- Wiesen- und Güterwegen damit sie der Auftragnehmer selbst mit seinen Maschinen benützen kann (es handelt sich somit um Vorarbeiten). Die Ertüchtigungsmaßnahmen erfolgen durch Wasserableitungen bzw. die Aufbringung von Schotter bei Vorliegen von Weichstellen. Es ist nicht vorgesehen, einen Unterbau herzustellen. Eine solche Maßnahme ist jedenfalls vom oben dargestellten Berufsumfang des Gärtners umfasst (vgl. Landschaftsbauarbeiten im Rahmen des Umweltschutzes; Drainagierungs- und Meliorationsarbeiten). Diese Position macht im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 0,59 % der Gesamtauftragssumme aus. Wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt und die Auftraggeberin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben haben, geht es bei dieser Position um die Herstellung von Zufahrten zu den Baustellen der Amphibienteiche, also das Ertüchtigen von bereits in der Natur bestehenden Wald- Wiesen- und Güterwegen damit sie der Auftragnehmer selbst mit seinen Maschinen benützen kann (es handelt sich somit um Vorarbeiten). Die Ertüchtigungsmaßnahmen erfolgen durch Wasserableitungen bzw. die Aufbringung von Schotter bei Vorliegen von Weichstellen. Es ist nicht vorgesehen, einen Unterbau herzustellen. Eine solche Maßnahme ist jedenfalls vom oben dargestellten Berufsumfang des Gärtners umfasst vergleiche Landschaftsbauarbeiten im Rahmen des Umweltschutzes; Drainagierungs- und Meliorationsarbeiten). Diese Position macht im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 0,59 % der Gesamtauftragssumme aus.

2. Ad Position 01030299Z:

Wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt und die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben hat, geht es bei dieser Position um den Abbau eines bestehenden Wildschutzzaunes. Die Arbeiten des Abbaus gestalten sich derart, dass der Zaun abgebaut und das bei maximal jedem 5. Zaunpfahl vorhandene Betonfundament entfernt wird. Eine solche Maßnahme ist jedenfalls vom oben dargestellten Berufsumfang des Gärtners umfasst (vgl. Gärtnerischer Mauerbau, einschließlich der Einfriedungen; Erstellung und Pflege der gesamten Außenanlagen im Wohnungsbau einschließlich Lärmschutzeinrichtungen; Landschaftsbauarbeiten im Rahmen des Umweltschutzes). Diese Position macht im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 4,86 % der Gesamtauftragssumme aus. Wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt und die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben hat, geht es bei dieser Position um den Abbau eines bestehenden Wildschutzzaunes. Die Arbeiten des Abbaus gestalten sich derart, dass der Zaun abgebaut und das bei maximal jedem 5. Zaunpfahl vorhandene Betonfundament entfernt wird. Eine solche

Maßnahme ist jedenfalls vom oben dargestellten Berufsumfang des Gärtners umfasst (vergleiche Gärtnerischer Mauerbau, einschließlich der Einfriedungen; Erstellung und Pflege der gesamten Außenanlagen im Wohnungsbau einschließlich Lärmschutzeinrichtungen; Landschaftsbauarbeiten im Rahmen des Umweltschutzes). Diese Position macht im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 4,86 % der Gesamtauftragssumme aus.

3. Ad Position 02032551H Aushub Amphibienteich BKL1-5, laden und wegschaffen; Position 02032552C Aushub Amphibienteich BKL1-5, laden und Verfuhr Baustellenbereich; Position: 02032599Z: Herstellung Dammkörper; Position: 02270301Z Abdichtung mit Lehm, ED = 50cm, LD = 10cm:

Wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt und die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben hat, geht es bei diesen Positionen um die Erstellung von Amphibienteichen (Ausheben, Material wegschaffen, Herstellung eines Dammkörpers mit Höhe kleiner 1 m Abdichten mit Lehm), wobei trotz der maximalen Tiefe in der Mitte des Teiches vom 2 m keine statischen Anforderungen zu berücksichtigen sind, weil der Teich derart flach ausfört, dass ein Einsturz des Geländes ausgeschlossen ist (dies wurde auch von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zugestanden). Eine solche Maßnahme - die somit auch nicht statisch belangreich ist - ist jedenfalls vom oben dargestellten Berufsumfang des Gärtners umfasst (vgl. Erstellen von technischen und naturnahen Wasseranlagen, wie Teiche, Bachläufe, Schwimmteiche; Deich-, Hang-, Halden- und Böschungsverbau einschließlich Faschinenbau). Diese Positionen macht im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 4,9 % der Gesamtauftragssumme aus. Wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt und die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben hat, geht es bei diesen Positionen um die Erstellung von Amphibienteichen (Ausheben, Material wegschaffen, Herstellung eines Dammkörpers mit Höhe kleiner 1 m Abdichten mit Lehm), wobei trotz der maximalen Tiefe in der Mitte des Teiches vom 2 m keine statischen Anforderungen zu berücksichtigen sind, weil der Teich derart flach ausfört, dass ein Einsturz des Geländes ausgeschlossen ist (dies wurde auch von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zugestanden). Eine solche Maßnahme - die somit auch nicht statisch belangreich ist - ist jedenfalls vom oben dargestellten Berufsumfang des Gärtners umfasst (vergleiche Erstellen von technischen und naturnahen Wasseranlagen, wie Teiche, Bachläufe, Schwimmteiche; Deich-, Hang-, Halden- und Böschungsverbau einschließlich Faschinenbau). Diese Positionen macht im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 4,9 % der Gesamtauftragssumme aus.

4. Ad Position 03030216A:

Wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt und die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben hat, geht es bei dieser Position um das Herstellen eines provisorischen Wildzaunes in hasendichter Ausführung. Eine solche Maßnahme ist jedenfalls (unabhängig davon, ob die Zaunsäulen gerammt oder einbetoniert werden) vom oben dargestellten Berufsumfang des Gärtners umfasst (vgl. gärtnerischer Mauerbau, einschließlich der Einfriedungen; Erstellung und Pflege der gesamten Außenanlagen im Wohnungsbau einschließlich Lärmschutzeinrichtungen). Diese Position macht im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 5,24 % der Gesamtauftragssumme aus. Wie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt und die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben hat, geht es bei dieser Position um das Herstellen eines provisorischen Wildzaunes in hasendichter Ausführung. Eine solche Maßnahme ist jedenfalls (unabhängig davon, ob die Zaunsäulen gerammt oder einbetoniert werden) vom oben dargestellten Berufsumfang des Gärtners umfasst (vergleiche gärtnerischer Mauerbau, einschließlich der Einfriedungen; Erstellung und Pflege der gesamten Außenanlagen im Wohnungsbau einschließlich Lärmschutzeinrichtungen). Diese Position macht im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 5,24 % der Gesamtauftragssumme aus.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist daher befugt, die gegenständlichen Leistungen auszuführen.

Im Übrigen wird auf die Nebenrechte gem. § 32 GewO verwiesen (vgl. VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210). Deshalb wurden oben unter 1. bis 4. zur Frage, ob Leistungen in geringem Umfang vorliegen, Feststellungen getroffen und dabei der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene jeweilige Positionspreis mit der ebenso von ihr angebotenen Gesamtleistung in Verhältnis gesetzt. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner bisherigen Rechtsprechung eine Prozentgrenze von bis zu 6,43 % der Angebotssumme (vgl. VwGH 24.02.2010, 2006/04/0148) als

noch geringen Umfang der Leistung iSd § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 angesehen. Im Übrigen wird auf die Nebenrechte gem. Paragraph 32, GewO verwiesen (vergleiche VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210). Deshalb wurden oben unter 1. bis 4. zur Frage, ob Leistungen in geringem Umfang vorliegen, Feststellungen getroffen und dabei der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene jeweilige Positionspreis mit der ebenso von ihr angebotenen Gesamtleistung in Verhältnis gesetzt. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner bisherigen Rechtsprechung eine Prozentgrenze von bis zu 6,43 % der Angebotssumme (vergleiche VwGH 24.02.2010, 2006/04/0148) als noch geringen Umfang der Leistung iSd Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 angesehen.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) II.): 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch zwei.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vergleiche dazu VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024;

VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065; VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210; VwGH 24.02.2010, 2006/04/0148) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung;

weitere ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Antragslegimitation, Bauauftrag, Befugnis beurteilt am
Auftragsgegenstand, Gewerbeberechtigung, mündliche Verhandlung,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der
Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert,
Pauschalgebührenersatz, Schaden, Subunternehmer, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W134.2112889.2.00

Zuletzt aktualisiert am

19.11.2015

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at