OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-840129/22/HW

Datum: Linz, 16. Juni 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch den Richter Mag. Dr. Wiesinger über den Antrag der X GmbH, X, X, vertreten durch die X Rechtsanwälte GmbH, X, X, vom 18. April 2017 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde X betreffend das Vorhaben „Neubau Hallenbad der Stadtgemeinde X, Gewerk: Außenanlagen, Zaun, Möblierung“

zu Recht:

I. Dem Antrag wird gemäß §§ 1, 2 und 7 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006, LGBl. Nr. 130/2006 idF LGBl. Nr. 90/2013, stattgegeben und es wird die angefochtene Ausscheidensentscheidung betreffend die X GmbH für nichtig erklärt.

II. Die Auftraggeberin wird verpflichtet, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 4.500 Euro (für Nachprüfungsverfahren und einstweilige Verfügung) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Eingabe vom 18. April 2017 hat die X GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde X betreffend das Vorhaben „Neubau Hallenbad der Stadtgemeinde X, Gewerk: Außenanlagen, Zaun, Möblierung“ betreffend die Antragstellerin sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 4.500 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin kurz zusammengefasst aus, dass sie sich in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebots, auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens und auf Gleichbehandlung mit anderen Bietern und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs verletzt erachtete. Bei Beibehaltung der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung würde ihr ein wirtschaftlicher Verlust drohen. Weiters würde auch der Verlust eines Referenzprojektes damit einhergehen und seien der Antragstellerin bisher Kosten in Höhe von ca. 8.000 Euro für Verfahrenskosten und Pauschalgebühren entstanden. Es sei zwar zutreffend, dass die Antragstellerin zu den Metallarbeiten LG X sowie zu den Pflasterarbeiten LG X, X, X keine Subunternehmer angeführt habe. Die Antragstellerin sei allerdings im Rahmen ihrer Befugnis als Baumeister berechtigt, die ausgeschriebene Leistung Metallbauarbeiten LG X gemäß § 99 Abs. 2 GewO zu erbringen, da es sich dabei lediglich um Leistungen der Zaunerrichtung handle, die auch in die Befugnis eines Gärtners fallen würden. Die Pflasterarbeiten seien solche geringen Umfangs im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO.

In der mündlichen Verhandlung brachte die Antragstellerin in Replik auf das Vorbringen der Auftraggeberin unter anderem ergänzend vor, dass Asphaltierungsarbeiten zum Kernbereich des Tiefbaues gehören würden. Die Ausschreibung enthalte auch keine Bestimmung, dass zur Angebotsabgabe der Nachweis über die Verfügbarkeit bestimmter Geräte vorliegen müsste.

I.2. Die Auftraggeberin brachte mit Eingabe vom 27. April 2017 im Wesentlichen vor, dass es sich bei der angebotenen LG X um Metallbauarbeiten handle, die Antragstellerin aber nicht über die hierfür erforderliche Befugnis verfüge. Die Antragstellerin verfüge auch nicht über die Befugnis für die zu erbringenden Pflasterarbeiten. Diese Leistungen würden jedenfalls den geringen Umfang im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 2 GewO übersteigen.

In der mündlichen Verhandlung brachte die Auftraggeberin unter anderem ergänzend vor, dass das Baumeistergewerbe die ausgeschriebenen

Asphaltierungsarbeiten nicht abdecke. Auch insoweit fehle es der Antragstellerin an der notwendigen Befugnis. Die Antragstellerin verfüge auch nicht über den für die Asphaltierungsarbeiten erforderlichen Fertiger. Die Antragstellerin müsste diesen auftragsbezogen anmieten, zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung sei eine solche Anmietung jedoch nicht vorgelegen, es sei auch keine verbindliche Zusage eines Vermieters vorgelegen. Es sei die Antragstellerin daher auch aus diesem Grunde auszuscheiden gewesen.

II.1. Vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurde Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die vorliegenden Unterlagen, insbesondere aus dem Vergabeakt, sowie durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Danach wird folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Die Ausschreibungsunterlagen betreffend die Vergabe des Auftrages „Neubau Hallenbad der Stadtgemeinde X, Gewerk: Außenanlagen, Zaun, Möblierung“ durch die Stadtgemeinde X bestehen unter anderem aus einem Angebotsformblatt, den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin, einem Formblatt für die Eigenerklärung und einem Leistungsverzeichnis. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin haben unter anderem folgenden Inhalt (Allgemeine Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin):
„Allgemeine Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin
[...]

A.0 ALLGEMEINE AUSSCHREIBUNGSBEDINGUNGEN
[...]

A.0.15 SUBUNTERNEHMER
[...] Beruft sich der Auftragnehmer für den Nachweis der Eignung auf Subunternehmer, ist die Eignung zu erklären und Nachweise auf Verlangen der Auftraggeberin vorzulegen. [...] Der Bieter [...] hat im Angebot anzugeben, welchen Teil des Auftrages er im Falle der Auftragserteilung im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt.
[...]

A.0.23 ANGEBOTSBESTANDTEILE
Jedes Angebot hat nachstehende Unterlagen mindestens zu umfassen:
1. Angebotsformblatt mit rechtsgültiger Fertigung des Bieters
2. diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin
[...]
6. Eigenerklärung gemäß § 70 BVergG 2006
[...]
8. Bekanntgabe der Subunternehmer [...]

A.1 EIGNUNGSKRITERIEN, AUSSCHLUSSGRÜNDE
A.1.1 EIGENERKLÄRUNG

Der Bieter [...] hat eine Eigenerklärung im Sinne des § 70 Bundesvergabegesetz 2006, welche einen Bestandteil des Angebotes bildet, rechtsgültig zu unterfertigen, dass sie die von der Auftraggeberin verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können. Der Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit hat zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu erfolgen [...].
Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Bieter [...] auf die Kapazität anderer Unternehmer [...] stützen. In diesem Fall muss er erklären und auf Aufforderung der Auftraggeberin den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei dem anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.
[...]

Die Auftraggeberin legt folgende Nachweise gemäß den §§ 71 ff BVergG 2006 fest:
[...]
A.1.5 TECHNISCHE LEISTUNGSFÄHIGKEIT
● Nachweis über mindestens 2 Referenzen [...] in Höhe von [...] als Mindestanforderung.
[...]
● Angabe über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen; insbesondere Nachweis, dass die [...] Führungskräfte [...] der deutschen Sprache ausreichend mächtig sind, als Mindestanforderung;
● Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Bieters [...] und deren Führungskräfte; insbesondere Nachweis, dass der [...] Projektleiter [...] über [...] verfügt, als Mindestanforderung.
● Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Bieter [...] in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte [...] ersichtlich sind;
● Bescheinigung, dass der Bieter [...] die für die Erbringung der Bauleistung erforderliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Das Angebotsformblatt hat unter anderem folgenden Inhalt (Angebotsformblatt):
„ANGEBOT
[...]

Beilagen, welche als integrierender Bestandteil dieses Angebots des Bieters gelten:
[...]
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin
[...]
6. Eigenerklärung gemäß § 70 BVergG 2006
[...]“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Das Leistungsverzeichnis hat unter anderem folgenden Inhalt (Leistungsverzeichnis):
„AUSSCHREIBUNGS – LEISTUNGSVERZEICHNIS
[...]
13 Außenanlagen

[...]

1317 Bituminöse Tragschichten
Angaben im Positionsstichwort:
Im Positionsstichwort sind die Type des Asphaltbetons, die Art des Bitumens, die Korngrößenverteilung, die Gesteinskörnungsklasse und die Schichtdicke (im verdichteten Zustand) angegeben.
X Bituminöse Tragschichte für Gehsteige, Geh- und Radwege (Gehsteig).
X Gehsteig 6cm
. . . . . 250,00 m² . . . . . .
X Bituminöse Tragschichte für Fahrbahnen und Abstellstreifen (Fahrbahn).
X Fahrbahn 8cm
. . . . . 2.640,00 m² . . . . . .
[...]

X Vorarbeiten für bituminöse Arbeiten
[...]

X Reinigen
. . . . . 2.880,00 m² . . . . . .
[...]

X Vorspritzen
. . . . . 2.880,00 m² . . . . . .
[...]

X Fugenanschluss selbstklebend 10/45mm
. . . . . 420,00 m . . . . . .
[...]

X Voranstrich Nahtflanken ü.5-10cm
. . . . . 420,00 m . . . . . .
X Asphaltbetondeckschichten
1. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:
Folgende Leistungen sind (ergänzend zu den Nebenleistungen gemäß ÖNORM) in die Einheitspreise einkalkuliert:
• das Aufbringen auf einer Betonunterlage bis 10 % Gefälle
• alle Maßnahmen zum Schutz der Abdichtung (z.B. gegen Beschädigungen und Verunreinigungen)
2. Angaben im Positionsstichwort bei Asphaltbeton:
Im Positionsstichwort sind die Type des Asphaltbetons, die Art des Bitumens, die Korngrößenverteilung, die Gesteinskörnungsklasse und die Schichtdicke (im verdichteten Zustand) angegeben.
X Asphaltbetondeckschichten (AC-deck) für Gehsteige, Geh- und Radwege (Gehsteig).
X Gehsteig 3cm
. . . . . 250,00 m² . . . . . .

X Asphaltbetondeckschichten (AC-deck) für Fahrbahnen und Abstellstreifen (Fahrbahn).
X Fahrbahn 3cm
. . . . . 2.640,00 m² . . . . . .

X Randbegrenzungen
1. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen bei Randsteinen:
Folgende Leistungen sind (ergänzend zu den Nebenleistungen gemäß ÖNORM) in die Einheitspreise einkalkuliert:
• flucht- und höhengerechtes Versetzen und Verlegen
• eine Verfugung mit Zementmörtel (auf voller Höhe)
• das Fugen- und Bettungsmaterial
2. Angaben im Positionsstichwort bei Randbegrenzungen:
Im Positionsstichwort sind die Abmessungen oder Type, die Art der Bettung und die Form der Steine angegeben.
3. Ausmaß- und Abrechnungsregeln:
Bögen mit einem Radius über 10 m werden als Gerade abgerechnet.
X Unterlagsbeton für Randbegrenzungen (z.B. als Unterlage, Bettung, Rückenstütze nach der Verlegung).
Im Positionsstichwort ist die Festigkeit des Betons angegeben.
X Unterlagsbeton C16/20 Rand.
. . . . . 60,00 m³ . . . . . .
X Gerade Leistensteine aus Granit in Betonbettung (BB) (Betonbettung in eigener Position).
X Leistensteine Granit 13/19 LS4 BB gerade
. . . . . 550,00 m . . . . . .
X Aufzahlung (Az) auf Leistensteinen.
X10m Leistensteine
Für das bogenförmige Versetzen (Bogen), Radius bis 10 m, bei Granit- und Betonsteinen.
. . . . . 80,00 m . . . . . .
X Pflasterplatten
1. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:
Folgende Leistungen sind (ergänzend zu den Nebenleistungen gemäß ÖNORM) in die Einheitspreise einkalkuliert:
• eine hammerfeste Ausführung
• eine Sandbettung (S) im verdichteten Zustand, 3 bis 6 cm dick
• eine Fugenfüllung mit Sand (SF) auf volle Fugenhöhe eingekehrt, eingeschlämmt und verdichtet
• das Schlämmen und Abrütteln der Fläche
• das Fugenmaterial
• ein Verlegeverband in geraden Scharen auf Bund
2. Angaben im Positionsstichwort bei Pflasterplatten:
Im Positionsstichwort ist das Format angegeben.
X Folgende Angaben und Anforderungen an die Art und Weise der Leistungserbringung gelten als vereinbart und sind in die Einheitspreise einkalkuliert.
X Material zu X Beispiel AG
Das Verwenden nachstehend angebotener Materialien zu den angegebenen Positionen der ULG

X wird vereinbart:
Betrifft Position(en): 136404G
Beispielhaftes Material: Mit Microfase, Verschiebesicherung und Profilierung an der Plattenunterseite.
Linden Titan--Platte naturgrau 40/60/14,8cm
Angeboten ist das beispielhafte oder ein Material gleichwertiger Art.
Kriterien der Gleichwertigkeit: Qualität, befahrbar
Angeboten: . . . . . .
X Graue Pflasterplatten aus Beton.
X Pflasterplatten Beton 30-60/14/30-60 S/SF
. . . . . 40,00 m² . . . . . .
Schneiden von Naturstein-, Kombi- oder Betonsteinplatten. Abgerechnet wird die geschnittene Querschnittsfläche der Platte.
X
X Schneiden Betonsteinplatten
. . . . . 10,00 m² . . . . . .
X Betonsteinpflaster
1. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:
Folgende Leistungen sind (ergänzend zu den Nebenleistungen gemäß ÖNORM) in die Einheitspreise einkalkuliert:
• eine Sandbettung (S) im verdichteten Zustand, 3 bis 6 cm dick
• eine Fugenfüllung mit Sand (SF) auf volle Fugenhöhe eingekehrt, eingeschlämmt und verdichtet
• das Schlämmen und Abrütteln der Fläche
• Standardfarbe ist grau
2. Angaben im Positionsstichwort bei Pflasterplatten:
Im Positionsstichwort ist die Dicke und bei Betonpflastersteinen die Anzahl der Steine/m2 angegeben.
X Gitterplatten aus Beton für Verkehrsflächen (befahrb.), mit Aussparungen (1/3 bis 1/2 der Gesamtfläche) verlegt, Einbringen eines Sand-Oberbodengemisches (SO) in die Aussparungen und Einkehren auf 1/3 der vollen Steinhöhe. Das Besämen und Befeuchten erfolgt durch den Auftraggeber.
X Gitterplatten Beton 10cm befahrb.SO
. . . . . 140,00 m² . . . . . .
[...]

31 Metallbauarbeiten
[...]

X Standard-Zäune m.Gittergeflecht f-verzinkt
1. Allgemeines:
Alle Teile des Zaunes sind aus Stahl, feuerverzinkt.
Der Auftragnehmer wählt den Querschnitt der Stützen/Steher (z.B. Winkel, Rundrohr, Kantrohr).
Das Gittergeflecht besteht aus mindestens 2,5 mm und die Spanndrähte aus mindestens 3,8 mm dickem Stahldraht.
Die Säulenquerschnitte sind so gewählt, dass die Standsicherheit gegeben ist.

Rohre und Hohlprofile sind für die Führungshalterungen der Spanndrähte und für die Abstützungen nicht angebohrt.
2. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:
Folgende Leistungen sind (ergänzend zu den Nebenleistungen gemäß ÖNORM) in die Einheitspreise einkalkuliert:
• das Versetzen aller Zaun- und Türsäulen, einschließlich etwaiger Abstützungen in die vorhandenen Fundamente (z.B. ohne Unterschied, ob in Aussparungen oder Frischbeton, Schraubfundamente)
• für den Spalt unter dem Geflecht und das Säulenende die erforderlichen zusätzlichen Längen zum Einbetonieren
• alle Halterungen für das Geflecht
• Spanndrähte-Anzahl je nach Zaunhöhe im Abstand bis höchstens 500 mm
• alle Zwischenstützen im Abstand von höchstens 2,5 m
• Rohre und Hohlprofile sind oben wasserdicht verschlossen (abgedeckt)
3. Angaben im Positionsstichwort:
Die im Stichwort angegebenen Höhenmaße entsprechen der Gittergeflechthöhe.
X Zaun mit Gittergeflecht, Maschenweite 50 x 50 mm, feuerverzinkt (f-verzinkt).
X Zaun Gittergeflecht f-verzinkt 1,5m
. . . . . 90,00 m . . . . . .
X Aufzahlung (Az) auf Zäune,feuerverzinkt (f-vz), mit Gittergeflecht, Maschenweite 50 x 50 mm, für die Anordnung eines Eckstehers, einschließlich beidseitiger Abstützung.
X Zaun Gittergeflech f-vz 1,5m f.Eckst.
. . . . . 1 Stk . . . . . .
X Aufzahlung (Az) auf Zäune, feuerverzinkt (f-verzinkt), mit Gittergeflecht, Maschenweite 50 x 50 mm, für die Anordnung eines Endstehers, einschließlich Abstützung.
X Zaun Gittergeflecht f-vz 1,5m f.Endst.
. . . . . 2 Stk . . . . . .
X Tür, feuerverzinkt (f-verzinkt). Der Rahmen und die zwei Türsäulen sind aus Formrohr, Geflecht entspricht der Ausführung des Zaunes, beschlagen mit Türbändern, Schlosskasten, Schloss zweitourig für Zylinder gerichtet, mit Drücker und Schilderpaar.
Im Positionsstichwort sind die lichte Breite und die Höhe angegeben.
X Tür f-verzinkt b.1,2m/1,5m
. . . . . 1 Stk . . . . . .
X Standard-Zäune m.D-stabmatten beschichtet
1. Allgemeines:
Doppelstabmatten (D-stabmatten) sind punktgeschweißt.
Alle Teile des Zaunes sind aus Stahl, feuerverzinkt, mit pulverbeschichteter Oberfläche, Farbe nach Wahl des Auftraggebers in einer Standardfarbe aus der Farbkarte des Herstellers, für die kein Aufpreis vorgesehen ist.
Der Auftragnehmer wählt den Querschnitt der Stützen/Steher (z.B. Winkel, Rundrohr, Kantrohr).
Jede Doppelstabmatte ist rund 2500 mm lang, die lotrechten Stäbe haben einen Durchmesser von mindestens 6 mm, die waagrechten Doppelstäbe haben einen Durchmesser von mindestens 8 mm.
Die Säulenquerschnitte werden so gewählt, dass die Standsicherheit gegeben ist.
Rohre und Hohlprofile werden für die Führungshalterungen der Spanndrähte und für die Abstützungen nicht angebohrt.

2. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:
Folgende Leistungen sind (ergänzend zu den Nebenleistungen gemäß ÖNORM) in die Einheitspreise einkalkuliert:
• das Versetzen aller Zaun- und Türsäulen, einschließlich etwaiger Abstützungen in die vorhandenen Fundamente (z.B. ohne Unterschied, ob in Aussparungen oder Frischbeton, Schraubfundamente)
• für den Spalt unter dem Geflecht und das Säulenende die erforderlichen zusätzlichen Längen zum Einbetonieren
• alle Halterungen für das Geflecht
• Spanndrähte-Anzahl je nach Zaunhöhe im Abstand bis höchstens 500 mm
• alle Zwischenstützen im Abstand von höchstens 2,5 m
• Rohre und Hohlprofile sind oben wasserdicht verschlossen (abgedeckt)
3. Angaben im Positionsstichwort:
Die im Stichwort angegebenen Höhenmaße entsprechen der Gittergeflechthöhe.
X Zaun, feuerverzinkt, mit Doppelstabmatten, beschichtet (besch.) in Standardfarbe.
3X Zaun D-stabmatten besch.1,5m
. . . . . 160,00 m . . . . . .
X Zaun D-stabmatten besch.2m
. . . . . 60,00 m . . . . . .
X Aufzahlung (Az) auf Zäune, feuerverzinkt, mit Doppelstabmatten, beschichtet in Standardfarbe, für die Anordnung eines Eckstehers, einschließlich beidseitiger Abstützung.
X Zaun D-stabmatten 1,5m f.Ecksteher
. . . . . 3 Stk . . . . . .
X Zaun D-stabmatten 2m f.Ecksteher
. . . . . 3 Stk . . . . . .
X Aufzahlung (Az) auf Zäune, feuerverzinkt, mit Doppelstabmatten, beschichtet, in Standardfarbe, für die Anordnung eines Endstehers, einschließlich Abstützung.
X Zaun D-stabmatten 1,5m f.Endsteher
. . . . . 4 Stk . . . . . .
X Zaun D-stabmatten 2m f.Endsteher
. . . . . 2 Stk . . . . . .
X Tür, feuerverzinkt (f-verzinkt) und beschichtet in Standardfarbe. Der Rahmen und die zwei Türsäulen sind aus Formrohr, das Geflecht entspricht der Ausführung des Zaunes, beschlagen mit Türbändern, Schlosskasten, Schloss zweitourig für Zylinder gerichtet, mit Drücker und Schilderpaar.
Im Positionsstichwort sind die lichte Breite und die Höhe angegeben.
X Tü fr-verzinkt+besch.b.1,2m/1,5m
. . . . . 3 Stk . . . . . .
X Tü fr-verzinkt+besch.b.1,2m/2m
. . . . . 1 Stk . . . . . .
X Tor, feuerverzinkt (f-verzinkt), beschichtet in Standardfarbe und zweiflügelig (2Fl.). Die Flügelrahmen und die Torsäulen sind aus Formrohr, das Geflecht entspricht der Ausführung des Zaunes, beschlagen mit Torbändern, Schlosskasten, Schloss zweitourig für Zylinder gerichtet, Drücker- und Schilderpaar sowie Treibriegel und Abstützung für den Stehflügel. Flügelgrößen gleich oder ungleich nach Wahl des Auftraggebers.
Im Positionsstichwort sind die lichte Breite und die Höhe angegeben.

X Tor f-verzinkt+besch.2Fl.b.3m/2m
. . . . . 1 Stk . . . . . .
X Einzelsperrende Einbau-Profilzylinder
Allgemeines:
Einzelsperrende Einbau-Profilzylinder werden mit Sicherungskarte und mit je drei Schlüsseln geliefert, in das Schloss eingesteckt und befestigt, einschließlich Sperrprobe und etwaiger geringfügiger Anpassarbeiten.
Die Zylinder oder Schlüssel sind mit Einsteckprofilen, mindestens fünf Stiftzuhalterungen, Abtastund Aufbohrsicherungen ausgeführt.
Alle Zylinder sind links oder rechts verwendbar, Einbau-Doppelzylinder (EDZ) von beiden Seiten sperrbar.
X Einzelsperrender Einbau-Halbzylinder.
Im Positionsstichwort ist die Baulänge (bis Mitte Schließnase) angegeben.
X Einzel-Halbzylinder b.47mm Länge
. . . . . 3 Stk . . . . . .
X Einzelsperrender Einbau-Doppelzylinder.
Im Positionsstichwort ist die Gesamtlänge angegeben.
X Einzel-Doppelzylinder b.67mm Länge
. . . . . 2 Stk . . . . . .
X Aufzahlungen u.sonstige Leistungen
Entsorgen:
Im Folgenden ist unter dem Begriff Entsorgen das Laden, Abtransportieren, Verwerten, Deponieren oder Entsorgen des Aushubmaterials zu verstehen.
X Aufzahlung (Az) auf das Versetzen von Säulen für Zäune für das Einbetonieren, einschließlich Aushub im Erdreich der Bodenklasse 3 bis 5 mindestens 60 cm tief. Das Entsorgen des Aushubmaterials ist in den Einheitspreis einkalkuliert.
X Az Fundament f.Zwischensäule b.2m
Für Zwischensäulen, Höhe bis 2 m.
. . . . . 80 Stk . . . . . .
X Az Fundament f.Endsäule b.2m
Für Endsäulen, einschließlich der Abstützungen, Höhe bis 2 m.
. . . . . 4 Stk . . . . . .
X Az Fundament f.Ecksäule b.2m
Für Ecksäulen und Sonderecksäulen, einschließlich der Abstützungen, Höhe bis 2 m.
. . . . . 5 Stk . . . . . .
X Az Fundament f.Türsäule b.2m
Für Türsäulen, Fundamenttiefe mindestens 0,80 m, Türhöhe bis 2 m.
. . . . . 8 Stk . . . . . .
X Aufzahlung (Az) auf Zäune für das Verstärken aller Stützen (Steher), damit die Standsicherheit beim Anbringen von Planen (z.B. für Wind- oder Sichtschutz) gewährleistet bleibt.
Abgerechnet wird die Länge, die nach Angabe des Auftraggebers für das Anbringen von Planen geeignet sein soll.
X Az Zäune b.2m hoch f.Planen
. . . . . 210,00 m . . . . . .
X Z Wind- oder Sichtschutzplane

Abgerechnet wird die Länge, die nach Angabe des Auftraggebers für das Anbringen von Planen geeignet sein soll.
X Z Blickdichte Sichtschutzplane b.2m hoch
Integrierte blickdichte Sichtschutzplane, Farbe nach Wahl des Arch.
. . . . . 210,00 m . . . . . .
X Regieleistungen
Soweit in Vorbemerkungen oder Positionstexten nicht anders angegeben, gelten für alle Leistungen dieser Gruppe folgende Regelungen.
1. Allgemeines:
In dieser Unterleistungsgruppe werden nur angehängte Regieleistungen gemäß ÖNORM B 2110 erfasst.
Regieleistungen werden nur ausgeführt, wenn sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet werden, auch wenn sie im Vertrag (Leistungsverzeichnis) vorgesehen sind.
Die aufgewendeten Stunden, verwendeten Geräte, Transportleistungen und verbrauchten Stoffe werden täglich in die Regiescheine eingetragen und dem Auftraggeber zur Gegenzeichnung vorgelegt.
2. Mengenänderungen:
Die Bestimmungen, wonach bei Mengenänderungen die Neuvereinbarung von Einheitspreisen verlangt werden kann, sind auf Regieleistungen nicht anwendbar.
3. Beschäftigungsgruppen:
Die angeführten Beschäftigungsgruppen entsprechen den kollektivvertraglichen Regelungen. In den Stundensätzen sind auch anteilige Wegegelder, Fahrtspesen und Aufwandsentschädigungen (Auslösen) einkalkuliert. Verrechnet wird die an der Arbeits- oder Montagestelle tatsächlich geleistete Arbeitszeit, die kleinste Einheit ist die angefangene halbe Stunde.
4. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:
Die Einheitspreise für Stoffe gelten frei Baustelle, einschließlich Abladen.
5. Ausmaß- und Abrechnungsregeln:
Zur Verrechnung kommen die Stundensätze jener Beschäftigungsgruppe, die für die jeweilige Regieleistung ausreicht, unabhängig von der Qualifizierung des tatsächlich eingesetzten Personals.
X Regiestunden.
X Regiestunde Facharbeiter
Facharbeiter.
. . . . . 10,00 h . . . . . .
X Materiallieferungen f.Regieleistungen
Materiallieferungen für angeordnete Regieleistungen, für die keine gesonderten Regiepositionen ausgeschrieben wurden, werden mit einem prozentuellen Aufschlag (Gesamtzuschlag Material) auf die vom Auftragnehmer nachgewiesenen Materialkosten frei Bau (ohne Umsatzsteuer) abgerechnet (sinngemäß K4 nach ÖNORM B 2061).
Der Rechnungsbetrag ist durch saldierte Rechnungen nachzuweisen und muss allfällige gewährte Rabatte berücksichtigen. Skonti (Nachlässe bei früherem Zahlungsziel) oder Zinsen für verspätete Zahlungen bleiben unberücksichtigt.
Diese Position unterliegt auch bei Verträgen zu veränderlichen Preisen nicht der Preisumrechnung.
Als Einheitspreis wird der angebotene Prozentsatz mit höchstens 2 Stellen nach dem Komma als Faktor eingesetzt.

1 VE = 1 EURO
Beispiel:
angebotener Prozentsatz: +12%
als Einheitspreis einzusetzen: 1,12
. . . . . 500,00 VE . . . . . .
LG X Metallbauarbeiten Summe . . . . . .
[...]“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Die Antragstellerin gab ein unterfertigtes Angebot ab, wobei die Angebotssumme netto 409.742,14 Euro und die Angebotssumme inklusive USt. 491.690,57 Euro beträgt. Im Angebot der Antragstellerin sind im Leistungsverzeichnis bei nachfolgenden Positionen folgende Eurobeträge enthalten (Angebot der Antragstellerin):
Position X: 49.423,70
Position X: 6.841,20
Position X: 26.054,10
Position X: 7.809,60
Position X: 22.921,90
Position X: 4.567,40
Position X: 4.767,00
Position X: 5.744,95
Position X: 494,85
Position X: 20.005,03
Position X: 1.601,16
Position X: 618,58
Position X: 1.135,17
Position X: 322,00
Position X: 4.042,89
Position X: 1.055,70

Es wurde an die Antragstellerin ein mit 14. März 2017 datiertes Schreiben übermittelt, welches unter anderem folgenden Inhalt aufweist (Schreiben vom 14. März 2017):
„Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung ersuchen wir Sie uns nachstehende Unterlagen bis 24.03.2017 zu übermitteln:
[...]
▪ Technische Leistungsfähigkeit lt. Punkt A.1.5, Allgemeine Geschäftsbedingungen
▪ Subfirmen bzw. Lieferanten wie Asphaltierungsarbeiten bzw. Asphaltlieferant Zaunanlage, Bodenmarkierung [...]“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Die Antragstellerin übermittelte daraufhin ein mit 21. März 2017 datiertes Schreiben samt Beilagen, welches unter anderem folgenden Wortlaut aufweist (Schreiben vom 21. März 2017):

„Die Asphaltierungsarbeiten, der Zaunbau sowie die Markierungsarbeiten wurden unsererseits als Eigenleistung kalkuliert und angeboten.
[...]
Für die Durchführung der Arbeiten steht uns Eigenpersonal mit der entsprechenden Qualifikation zur Verfügung. Das erforderliche technische Equipment wird – soweit es nicht im eigenen Fuhrpark zur Verfügung steht – bei Bedarf angemietet."

Die Auftraggeberin hat an die Antragstellerin die verfahrensgegenständliche Ausscheidensentscheidung übermittelt, wobei dieses Schreiben unter anderem folgenden Inhalt aufweist (Ausscheidensentscheidung):
„Ihr Angebot widerspricht den Ausschreibungsbestimmungen:
[...]
Demnach wurde von Ihnen mit dem Angebot vom 27.02.2017 eine unterfertigte Eigenerklärung gemäß § 70 BVergG 2006, aber keine Bekanntgabe der Subunternehmer und Zustimmungserklärung des Subunternehmers iS der Punkte A.0.15 und A.0.23 der AGB der Auftraggeberin abgegeben.
Ihrem Leistungsverzeichnis vom 27.02.2017 sind unter anderem Metallarbeiten (LG X) sowie Pflasterarbeiten (LG X, X, X), jeweils Im Umfang von [...] % der Angebotssumme zu entnehmen. Hierbei handelt es sich jeweils um ein reglementiertes Gewerbe, welches keine Deckung in der Bestimmung des § 99 Abs. 2 GewO findet. Eine Erbringung der vorgenannten Leistungen im Rahmen des Nebenleistungsprivilegs des § 32 GewO iVm dem Baumeistergewerbe scheidet aufgrund des Umfanges der Metall- sowie Pflasterarbeiten [...] aus.
Im Ergebnis fehlt es daher an Ihrer, für die [...] Leistungserbringung im Bereich Metall- sowie Pflasterarbeiten notwendigen Befugnis.
Da von Ihnen kein Subunternehmer mit der Angebotsabgabe genannt wurde, kann diese fehlende Befugnis nicht geheilt bzw. behoben werden, zumal die Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. der Nachweis allenfalls notwendiger Subunternehmer bereits Im Angebot eingeschlossen sein muss."[Hervorhebungen nicht übernommen]

Die Antragstellerin ist unter anderem Gewerbeinhaberin folgender Gewerbe (Nachweise über die Gewerbeberechtigung): Baumeister.

Zur Durchführung der auftragsgegenständlichen Asphaltierungsarbeiten wird ein Fertiger benötigt. Die Antragstellerin ist nicht Eigentümerin eines solchen Fertigers. Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass beabsichtigt sei, für den gegenständlichen Auftrag einen Fertiger anzumieten. Zudem erklärte der Geschäftsführer der Antragstellerin, dass für den gegenständlichen Auftrag derzeit zwar noch kein Fertiger angemietet worden wäre, allerdings die Geräte, die für den gegenständlichen Auftrag erforderlich sind, am Markt verfügbar wären und eine Anmietung kein Problem sein würde. Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung weiters angegeben, dass für andere Baustellen

derzeit schon ein Fertiger angemietet sei (Angaben L, M und GF der Antragstellerin in der mündlichen VH).

Zur Durchführung der Leistungen der LG X des verfahrensgegenständlichen Auftrages sind unter anderem Zaunsteher in einem Betonfundament zu befestigen. Der Zaun ist in weiterer Folge an die Steher anzuschrauben. Zur Befestigung des von der Antragstellerin vorgesehenen Produktes sind laut Montageanleitung in einem ersten Schritt die Säulen auf ein Betonfundament zu dübeln oder mittels Punktfundament zu betonieren. Danach folgt Schritt zwei, welcher in der Montageanleitung wie folgt beschrieben wird: Befestigungsschraube in der gewünschten Höhe mittels Schraubendreher anziehen – Halterung aufsetzen – Zaunelement einhängen – bei Notwendigkeit, Schraube leicht lösen und die Halterung verschieben – danach wieder anziehen. Danach folgt Schritt drei, welcher in der Montageanleitung wie folgt beschrieben wird: Klemmteil aufsetzen und mittels Hutmutter klemmen. Laut Montageanleitung werden als Werkzeuge lediglich ein Schlitzschraubendreher, ein Gabelschlüssel SW X und ein Rollmeter benötigt (Angaben L in der mündlichen VH; Ausschreibungsunterlagen; Stellungnahme der Antragstellerin; Montageanleitung). In der LB Hochbau, Version X, sind die gegenständlichen Leistungen betreffend den Zaun in der Leistungsgruppe X als Standardpositionen angeführt, wobei die LG X mit Metallbauarbeiten bezeichnet wird (LBH).

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich vor allem aus den im Vergabeakt befindlichen Unterlagen, wobei sich die einzelnen Feststellungen vor allem auf die bei den jeweiligen Feststellungen in Klammer angeführten Beweismittel stützen. Auch in der mündlichen Verhandlung sind keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel hinsichtlich der Richtigkeit von auf Basis von schriftlichen Unterlagen festgestellten Sachverhaltselementen aufkommen lassen. Dass zur Durchführung der auftragsgegenständlichen Asphaltierungsarbeiten ein Fertiger benötigt wird, gab Herr M in der mündlichen Verhandlung an und es wurde dies von Herrn M, welcher bei der Antragstellerin beschäftigt ist, bestätigt, sodass dieser Umstand festgestellt werden konnte. Dass die Antragstellerin nicht Eigentümerin eines solchen Fertigers ist, folgt daraus, dass der GF der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung erklärte, dass ein Fertiger auftragsbezogen angemietet werden soll. Die Erklärungen des GF der Antragstellerin konnten aufgrund dessen Angaben in der mündlichen Verhandlung festgestellt werden. Die Feststellungen zu den Arbeiten betreffend die LG X gründen auf den Angaben von DI L, welcher in der Verhandlung kurz erklärte, dass es sich beim Zaunmaterial selbst um ein Standardprodukt handle, welches die in der Leistungsbeschreibung geforderten Spezifikationen erfüllen muss, wobei der Zaun so zu montieren sei, dass die Zaunsteher in ein Betonfundament zu befestigen wären und danach der Zaun an die Steher anzuschrauben sei. Der Geschäftsführer der Antragstellerin bestätigte

diese Angaben, sodass sie den Feststellungen zu Grunde gelegt werden konnten. Die Feststellungen zur Montageanleitung gründen auf der entsprechenden von der Antragstellerin vorgelegten Unterlage.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch die Gemeinde. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

III.2. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. von ihr nach § 5 Abs. 1 Z 5 Oö. VergRSG 2006 geltend gemachten Recht verletzt und
2. diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

III.3. Gemäß § 19 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbe-

werbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 70 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre berufliche Befugnis, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben.

Gemäß § 75 Abs. 1 BVergG 2006 kann als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Nach Abs. 6 dieser Norm kann bei Bauaufträgen als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird, verlangt werden.

Nach § 129 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist (Z 2), und den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind (Z 7), auszuscheiden.

III.4. Die gegenständliche Ausscheidensentscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der Antragstellerin die notwendige Befugnis für die Metallarbeiten (LG X) und die Pflasterarbeiten (LG X, X, X) fehle. In der mündlichen Verhandlung brachte die Auftraggeberin ergänzend vor, dass das Baumeistergewerbe die ausgeschriebenen Asphaltierarbeiten nicht abdecke und es der Antragstellerin auch insoweit an der notwendigen Befugnis fehle. Die Antragstellerin verfüge auch nicht über den für die Asphaltierarbeiten erforderlichen Fertiger, zumal sie diesen auftragsbezogen anmieten müsste, wobei zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung eine solche Anmietung eines Fertigers nicht vorgelegen sei, sodass die Antragstellerin daher auch aus diesem Grunde auszuscheiden gewesen wäre.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (vgl. etwa VwGH 12.05.2011, 2007/04/0012, mwN) ist eine Vergabekontrollinstanz befugt bzw. bei entsprechendem konkreten Vorbringen einer Partei sogar verpflichtet, auch auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber zunächst nicht herangezogen wurden. Bei dieser Prüfung hat die Vergabekontrollinstanz aber „nur“ die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen (vgl. etwa VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011).

III.5. Hinsichtlich der von der Auftraggeberin geltend gemachten Ausscheidensgründe ist im Einzelnen Folgendes auszuführen:

III.5.1. Zu den Asphaltierungsarbeiten:
Die Auftraggeberin bringt (auch unter Hinweis auf den Wortlaut des § 99 GewO) vor, dass der Baumeister nicht zur Ausführung jedweder Tätigkeit im Zusammenhang mit Tiefbauten berechtigt sei, sondern nur zu den in § 99 Abs. 2 GewO aufgezählten Tätigkeiten. Das Baumeistergewerbe decke nicht die gegenständlichen Asphaltierungsarbeiten ab.

Nach verbreiterter Ansicht im Schrifttum (vgl. etwa *Reiter* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 99 Rz 2; *Wiesinger*, Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht, ZVB 2008/79 [306]) und Entscheidungen von Vergabekontrollinstanzen (BVA 25.04.2008 N/0031-BVA/11/2008-18; vgl. dazu weiters BVA 14.10.2005, 15N-87/05-18: Im Rahmen dieser Befugnis wäre sie grundsätzlich auch berechtigt, Asphaltierungsarbeiten durchzuführen) ist die Ausführung von Asphaltierungsarbeiten von der Berechtigung zur Ausführung von Baumeisterarbeiten gedeckt. Dies wird unter anderem damit begründet, dass der Baumeister gemäß § 99 Abs. 1 Z 3 GewO berechtigt sei, den gesamten Straßenkörper herzustellen, und ein freies Gewerbe den Kernbereich des § 99 Abs. 1 GewO nicht einschränken könne (vgl. BVA 25.04.2008 N/0031-BVA/11/2008-18). Das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich schließt sich dieser in der Literatur und vom BVA vertretenen Ansicht an. Da die Antragstellerin über die Berechtigung zur Ausübung des Baumeistergewerbes verfügt, ist sie somit befugt, auch die ausschreibungsgegenständlichen Asphaltierungsarbeiten durchzuführen.

III.5.2. Zu den Pflasterarbeiten:
Die Auftraggeberin begründet die Ausscheidensentscheidung insbesondere damit, dass der Antragstellerin die notwendige Befugnis für die ausschreibungsgegenständlichen Pflasterarbeiten (LG X, X, X) fehle.

Gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO steht Gewerbetreibenden das Recht zu, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Diese Bestimmung erlaubt allen Gewerbetreibenden und damit auch dem Baumeister, Leistungen anderer Gewerbe, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, „in geringem Umfang“ zu erbringen (VwGH 10.12.2009, 2009/04/0250). Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO müssen im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erbracht werden, das auf die Erbringung einer Gesamtleistung abzielt, die die eigene Leistung und die ergänzende Leistung umfasst, wobei entscheidend für die Berechnung des geringen Umfangs nach der Rechtsprechung des VwGH die zu erbringende Gesamtleistung ist (VwGH 02.10.2012, 2010/04/0018). Der VwGH hat zu Leistungen in der Höhe von 6,43 % der Angebotssumme ausgesprochen, dass es sich dabei um Leistungen im geringen Umfang handeln kann (vgl. VwGH 24.02.2010, 2006/04/0148). Nach verbreiteter Ansicht kann eine Grenze von 10 % als Anhaltspunkt dienen (vgl. *Heid/Kondert* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4] Rz 1237 bei FN 2404 mwN; *Wiesinger*, ZVB 2010/100 [335] unter Hinweis auf *Wallner/Donninger/Gottschamel*, Das neue Gewerberecht 99).

Im vorliegenden Fall werden die Pflasterarbeiten gemeinsam mit den sonstigen Außenanlagenarbeiten beim Neubau des Hallenbades vergeben. Es erscheint aus Sicht der Auftraggeberin im Hinblick auf den gegenständlichen Ausschreibungsgegenstand auch durchaus wirtschaftlich sinnvoll, bei einer Gesamtvergabe der Außenanlagenarbeiten diesen Teilbereich (die Pflasterarbeiten) nicht getrennt auszuschreiben. Im Angebot der Antragstellerin machen die Positionen X, X und X gesamt nur ca. 7,87 % der Gesamtangebotssumme aus, wobei darin auch der Betrag für den Unterlagsbeton (Position X) mit € 7.809,60 enthalten ist. Nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes handelt es sich bei den verfahrensgegenständlichen Pflasterarbeiten damit um Leistungen in geringem Umfang im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO, welche die eigene Leistung der Antragstellerin wirtschaftlich sinnvoll ergänzen.

III.5.3. Zur Leistungsgruppe X:
Die Auftraggeberin bringt vor, dass die Antragstellerin nicht über die erforderliche Befugnis betreffend die Leistungsgruppe X (Metallbauarbeiten) verfüge. Die Auftraggeberin weist auch mit Recht darauf hin, dass in der LB Hochbau, Version X, die gegenständlichen Leistungen betreffend den Zaun in der Leistungsgruppe (LG) X als Standardpositionen angeführt sind, wobei die LG X mit Metallbauarbeiten bezeichnet wird. Daraus folgt aber (noch) nicht, welche Befugnis für die gegenständliche Leistungserbringung erforderlich ist. Das Vorliegen der Befugnis ist in vergaberechtlicher Hinsicht dann anzunehmen,

wenn der Unternehmer über eine – nach den maßgeblichen berufsrechtlichen Vorschriften erforderliche – Berechtigung verfügt, bestimmte Tätigkeiten auszuüben (vgl. *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar zum Bundesvergabe-gesetz 2006 [2012], § 71 Rz 1 f).

Die Antragstellerin verweist mit Recht darauf, dass gemäß § 99 Abs. 2 GewO der Baumeister berechtigt ist, die Arbeiten anderer Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung selbst auszuführen, soweit es sich um Tätigkeiten der Gärtner handelt.

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:

„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.

[...]

3. Lehrjahr:

[...]

19. Gärtnerischer Mauerbau, einschließlich der Einfriedungen

[...]."

Gemäß der in der mündlichen Verhandlung den Parteien zur Einsicht gegebenen Gewerbeinformation der WKO für das Gewerbe Gärtner hat dieses Gewerbe unter anderem folgenden Berufsumfang:

„[...]

7. Erstellung und Pflege der gesamten Außenanlagen im Wohnungsbau, bei öffentlichen Vorhaben wie z.B. bei Schulen, Krankenhäusern, Flugplätzen, Kasernen, einschließlich Lärmschutzeinrichtungen

[...]

11. Gärtnerischer Mauerbau einschließlich Einfriedungen

[...]

12. Durchführung des gärtnerischen Weg-, Platz-, Stufen- und Terrassenbaus einschließlich gärtnerische Steinverlegung (Kunst und Naturstein), gärtnerische Holzarbeiten wie Terrassen, Pergolen, Einfriedungen, Wind- und Sichtschutz sowie Zäune

[...]“

Gemäß § 29 GewO ist für den Umfang der Gewerbeberechtigung der Wortlaut der Gewerbeanmeldung oder des Bescheides 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.

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt (Inhalt des Leistungsverzeichnisses) ergibt, beinhalten die Leistungen in der LG X im Wesentlichen die Lieferung und Errichtung eines Zaunes, wobei für die Errichtung des Zaunes ein Betonfundament und Bodennivellierungen erforderlich sind. Diesbezüglich ist aber verfahrensgegenständlich zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin Inhaberin des Gewerbes Baumeister ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung (BVwG 09.10.2015, W134 2112889-2) – insbesondere auch unter Berücksichtigung der Gewerbeinformation der WKO – ausgeführt, dass die Errichtung eines (Wildschutz-)Zauns unabhängig davon, ob die Zaunsäulen gerammt oder einbetoniert werden, vom Berufsumfang des Gärtners umfasst ist. Diese Entscheidung wurde in einer Entscheidungsanmerkung (nicht kritisiert, sondern) als „praxisnah“ bezeichnet (vgl. *Grasböck*, ZVB 1016/3). Die Aufstellung des ausschreibungsgegenständlichen Zaunes erfolgt derart, dass die Zaunsteher am Betonfundament zu befestigen sind. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass etwa beim von der Antragstellerin vorgesehenen Produkt laut Montageanleitung die Säulen auf das Betonfundament zu dübeln oder mittels Punktfundament zu betonieren sind. Danach ist der Zaun an die Steher anzuschrauben. Das erkennende Landesverwaltungsgericht geht im Anschluss an die Rechtsansicht des Bundesverwaltungsgerichtes davon aus, dass die Antragstellerin zur Durchführung der konkreten auftragsgegenständlichen Leistungen betreffend die Errichtung des Zaunes einschließlich der Öffnungen im Rahmen der Bauführung beim ausschreibungsgegenständlichen Auftrag befugt ist.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass auch wenn man die Positionen X, X, X und X (betreffend Tür bzw. Tor) sowie die Positionen X, X und X als nicht von der Befugnis des Baumeisters umfasst ansieht, es sich bei diesen Leistungen um solche Leistungen handelt, welche die eigene Leistung der Antragstellerin wirtschaftlich sinnvoll ergänzen und welche gesamt ca. 2,26 % Prozent der Angebotssumme ausmachen. Diese Leistungen sind daher nach Ansicht des erkennenden Gerichts auch zusätzlich zu den Pflasterarbeiten (Pflasterarbeiten und die LG X, X und X sowie X, X, X und X machen insgesamt nur knapp über 10 % aus) noch als Leistungen in geringem Umfang im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO anzusehen, hinsichtlich welcher die Antragstellerin auch aufgrund des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO als befugt anzusehen wäre.

III.5.4. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die von der Auftraggeberin geltend gemachten Ausscheidensgründe betreffend die Befugnis der Antragstellerin nicht zutreffen.

III.5.5. Zur technischen Leistungsfähigkeit im Hinblick auf den Fertiger:
III.5.5.1. Die Auftraggeberin hat in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass die Antragstellerin nicht über den für die Asphaltierungsarbeiten erforderlichen Fertiger verfüge, wobei zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine Anmietung eines Fertigers erfolgt und auch keine verbindliche Zusage eines Vermieters vorgelegen sei. Es sei die Antragstellerin daher auch aus diesem Grunde auszuscheiden gewesen.

III.5.5.2. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist das Landesverwaltungsgericht zwar bei einem konkreten Vorbringen verpflichtet, auch auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber nicht in der Begründung der Ausscheidensentscheidung herangezogen wurden, allerdings sind bei dieser Prüfung „nur“ die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen (vgl. etwa VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011). Aus den Akten des Vergabeverfahrens ist aber nicht ersichtlich, ob die Antragstellerin über einen für die Asphaltierungsarbeiten erforderlichen Fertiger verfügen wird. Schon insoweit erscheint daher unter Berücksichtigung der zitierten Rechtsprechung des VwGH das diesbezügliche Vorbringen der Auftraggeberin nicht dazu geeignet, um im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin zu begründen.

III.5.5.3. Im Übrigen steht auch unter Berücksichtigung der im Nachprüfungsverfahren hervorgekommenen Umstände, insbesondere der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, nicht fest, ob der Antragstellerin (auch bezogen auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung) ein Fertiger zur Verfügung stehen würde: Zwar ist die Antragstellerin nicht Eigentümerin eines Fertigers und es beabsichtigt die Antragstellerin, für den gegenständlichen Auftrag einen Fertiger anzumieten. Aber auch wenn noch kein Mietvertrag im Hinblick auf den verfahrensgegenständlichen Auftrag abgeschlossen wurde und diesbezüglich keine verbindliche Zusage eines Vermieters vorliegt, kann schon angesichts der Ausführungen des Geschäftsführers der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Antragstellerin kein Fertiger zur Verfügung stehen wird. So hat doch der Geschäftsführer der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung unter anderem erklärt, dass für andere Baustellen derzeit schon ein Fertiger angemietet sei. Es könnte aber möglicherweise für die Antragstellerin bereits

aufgrund dieses (bereits bestehenden) Mietvertrages eine hinreichend sichere Verfügbarkeit über einen Fertiger auch für den ausschreibungsgegenständlichen Auftrag gegeben sein. Dies ist freilich davon abhängig, ob der (für eine andere Baustelle bereits angemietete) Fertiger auch für den verfahrensgegenständlichen Auftrag einsetzbar wäre und welche Bedingungen dem Mietvertrag (Dauer, Kündigungsmöglichkeiten, etc.) zu Grunde liegen. Weder auf Basis des Vergabeaktes noch aufgrund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung lassen sich dazu aber nähere Details feststellen. Es lässt sich daher schon aus diesem Grund auch keine Aussage darüber treffen, ob für die Antragstellerin eine hinreichend sichere Verfügbarkeit über einen Fertiger besteht bzw. im Zeitpunkt der Angebotsöffnung bereits bestanden hat. Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Konstellation auch von der von der Auftraggeberin zitierten Entscheidung des BVA vom 14. Oktober 2005.

Es mussten diesbezüglich (zum bereits bestehenden Mietverhältnis) vom Landesverwaltungsgericht auch keine weiteren Ermittlungen angestellt werden, da bei der Prüfung von Gründen, welche nicht zur Begründung der Ausscheidensentscheidung herangezogen wurden, „nur“ die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen sind (vgl. etwa VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011). Es ist auch nicht Aufgabe des Landesverwaltungsgerichtes, an Stelle des Auftraggebers Eignungsnachweise von einem Bieter zu verlangen oder Aufklärungsgespräche zu führen.

Ein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin kann daher zumindest im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren auch nicht damit begründet werden, dass die Antragstellerin über keinen Fertiger verfügen würde.

Hinzu kommt, dass gemäß § 79 Abs. 2 BVergG 2006 in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den §§ 71 Abs. 1, 72, 74 und 75 BVergG 2006 aufzunehmen sind, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren, wobei die zulässigen Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit abschließend (vgl. *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar zum Bundesvergabe-gesetz 2006 [2012], § 75 Rz 2) in § 75 BVergG 2006 aufgezählt sind. Die verfahrensgegenständliche Bekanntmachung enthält bezüglich der hier gegenständlichen Problematik keine konkreten Festlegungen, allerdings hat die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit festgelegt. Diese Festlegungen unter Punkt A.1.5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhalten einen Nachweis über Referenzen, die Angabe über technische Fachkräfte, Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Bieters und der

Führungskräfte, eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Bieter in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte ersichtlich sind, sowie eine Bescheinigung, dass der Bieter die für die Erbringung der Bauleistung erforderliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt. Hingegen wird kein Nachweis darüber gefordert, dass der Bieter über einen Fertiger verfügen wird bzw. es wird auch keine Erklärung dahingehend verlangt, über welche Ausrüstung bzw. Baugeräte der Bieter verfügen wird. Im vorliegenden Fall wurde daher von der Auftraggeberin weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen ein Nachweis darüber verlangt, dass der Bieter über eine bestimmte technische Ausstattung bzw. Ausrüstung, insbesondere einen Fertiger, verfügen würde.

Im Schreiben vom 14. März 2017 wurde die Antragstellerin zwar aufgefordert, Unterlagen zur technischen Leistungsfähigkeit vorzulegen, jedoch wird auch dabei wiederum auf Punkt A.1.5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug genommen. Auch aus dem Umstand, dass Unterlagen zu „Subfirmen bzw. Lieferanten wie Asphaltierungsarbeiten bzw. Asphaltlieferant Zaunanlage, Bodenmarkierung“ angefordert werden, lässt sich nicht ableiten, dass die Antragstellerin einen Nachweis darüber vorlegen hätte müssen, über welche Ausstattung bzw. Geräte sie verfügen wird. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin daher von der Antragstellerin bislang keinen Nachweis darüber verlangt, dass die Antragstellerin über eine bestimmte technische Ausstattung bzw. Ausrüstung, insbesondere einen Fertiger, verfügen wird. Die Antragstellerin musste daher schon deswegen auch noch keinen diesbezüglichen Nachweis vorlegen.

III.5.5.4. Im Übrigen werden im vorliegenden Fall unter Punkt A.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welcher die Überschrift „EIGENUNGSKRITERIEN, AUSSCHLUSSGRÜNDE“ hat, zwar zur technischen Leistungsfähigkeit Kriterien genannt und teilweise Mindestanforderungen festgelegt, jedoch wird darin nichts betreffend eine technischen Ausstattung bzw. die Verfügbarkeit von Baugeräten festgelegt. Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zu Grunde zu legen, wobei die Ausschreibung nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen ist (ständige Rechtsprechung vgl. etwa VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066). Die Aufzählung von Eignungsnachweisen und die Festlegung von Mindestanforderungen unter der Überschrift „Eignungskriterien“ ist aus Sicht eines Bieters nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes aber dahingehend zu verstehen, dass die technische Leistungsfähigkeit auch anhand der in der Ausschreibung aufgezählten Kriterien bzw. der Nachweise dazu beurteilt wird. Hierfür spricht auch, dass die vorformulierte Eigenerklärung,

welche ebenfalls Teil der Ausschreibung ist, davon spricht, dass der Bieter hiermit erklärt, die von der Auftraggeberin *„in der Ausschreibung verlangten Eignungskriterien“* zu erfüllen. Die in Zusammenhang mit der fehlenden Festlegung von Mindestanforderungen bzw. Nachweisen regelmäßig angeführte Entscheidung des VwGH vom 18.05.2005 (2004/04/0094) ist im Hinblick auf die gegenständliche Ausschreibung nicht einschlägig, da der VwGH in dieser Entscheidung lediglich ausführt, dass ein Auftraggeber berechtigt sei, für die bereits „in der Bekanntmachung bzw. in der Ausschreibung genannten Kriterien“ für die Eignung konkrete Nachweise zu verlangen bzw. anhand von in der Bekanntmachung bzw. in der Ausschreibung zumindest genannten Kriterien die Eignung zu prüfen. Im vorliegenden Fall wurden allerdings in der Ausschreibung ausdrücklich mehrere Kriterien in Zusammenhang mit der technischen Leistungsfähigkeit festgelegt, dabei ist jedoch kein Kriterium betreffend die Ausstattung mit Baumaschinen, insbesondere betreffend das Vorhandensein eines Fertigers enthalten (vgl. in diesem Zusammenhang allgemein etwa auch *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2012], § 70 Rz 15; *Heid/Kondert* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4] Rz 1228).

III.6.1. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die von der Auftraggeberin geltend gemachten Ausscheidensgründe betreffend die Befugnis nicht vorliegen (siehe vor allem III.5.1. bis III.5.4.). Ein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin kann zumindest im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren auch nicht damit begründet werden, dass die Antragstellerin über keinen Fertiger verfügen würde (siehe oben III.5.5.).

III.6.2. Es haftet der verfahrensgegenständlichen Auftraggeberentscheidung daher eine Rechtswidrigkeit an. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass bei rechtskonformer Vorgehensweise ein anderes Ergebnis zu Stande kommen kann, sodass die festgestellte Rechtswidrigkeit auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Es ist daher die angefochtene Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären und es wird von der Auftraggeberin die Angebotsprüfung fortzusetzen sein.

III.7. Da die Antragstellerin vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich obsiegt hat, ist gemäß § 23 Abs. 1 und Abs. 2 Oö. VergRSG 2006 die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 4.500 Euro (für das Nachprüfungsverfahren und für die einstweilige Verfügung) zu verpflichten.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, zumal – soweit ersichtlich – zur gegenständlich unter anderem relevanten Rechtsfrage, ob der Gewerbeinhaber des Gewerbes Baumeister zur Durchführung von Asphaltierungsarbeiten befugt ist bzw. im Rahmen des § 99 Abs. 2 GewO zur Errichtung eines Zaunes befugt sein kann, keine Rechtsprechung des VwGH vorliegt und dieser Rechtsfrage über den vorliegenden Fall hinaus Bedeutung zukommt. Die Beurteilung der Pflasterarbeiten im Hinblick auf das Nebenrecht des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO und die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit betreffend den „Fertiger“ erfolgte unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des VwGH anhand der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls, sodass diesbezüglich keine erhebliche Rechtsfragen vorliegen, denen über den vorliegenden Einzelfall hinaus Bedeutung zukommen würde.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Dr. Wiesinger