



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/074/3331/2016-21
S. AG - H. GmbH

Wien, 30.05.2016

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.^a Mandl und die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner über den Antrag der Bietergemeinschaft S. AG - H. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalts-GmbH, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibungsnummer LV\28\BO-00-135196-2015-SWE 2013 - HBH Baulos 11, 1. Bauabschnitt, Bauauftrag - Straßenbauarbeiten", der Stadt Wien, Magistratsabteilung 28, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 14.03.2016 wird Folge gegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 14.03.2016 wird nichtig erklärt.
- II. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühr in Höhe von Euro 4.500,00 binnen 14 Tagen zu ersetzen.
- III. Der Antragstellerin sind vom Verwaltungsgericht Wien Euro 4.500,00 an zu viel entrichteter Pauschalgebühr rückzuerstatten.
- IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 28 (im Folgenden Auftraggeberin bzw. Antragsgegnerin), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich „Ausschreibungsnummer LV\28\BO-00-135196-2015-SW 2013 - HBH Baulos 11, 1. Bauabschnitt, Bauauftrag - Straßenbauarbeiten“. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden.

Die Angebote waren bis 29.01.2016, 09:00 Uhr, zu legen, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 14.03.2016, der Antragstellerin am selben Tag zugegangen, wurde dieser mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der A.-GmbH zu erteilen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 22.03.2016 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2014) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 14.03.2016, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Pauschalgebührenersatz.

Begründend führt die Antragstellerin aus, dass es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Bauauftrag betreffend Straßenbauarbeiten handle, welcher Straßenbau und Nebenarbeiten, Pflasterungsarbeiten und Entwässerungsarbeiten umfasse, aber auch Leistungen der Bauleitung sowie Leistungen der Abfallsammlung bzw. -behandlung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes, für die Bewilligungen („Erlaubnisse“) gemäß den §§ 24a ff AWG vorliegen müssten. Im Leistungsverzeichnis seien die zu erbringenden Leistungen bezeichnet. Um diese Leistungen ausführen zu dürfen, müsse der Bieter über die entsprechende abfallwirtschaftsrechtliche Genehmigung verfügen, also über eine Erlaubnis des Landeshauptmannes für die Sammlung oder die Behandlung gemäß § 24a AWG. Die Anforderung für das Sammeln/Behandeln von Abfällen gehe aus den Vorbemerkungen in Punkt 1.6 des Langleistungsverzeichnisses hervor. Durch eine Registerabfrage im Elektronischen Datenmanagement Umwelt (EDM) lasse

sich ermitteln, ob ein Unternehmen über die Sammelerlaubnis bzw. die Behandlererlaubnis für eine bestimmte Abfallschlüsselnummer verfüge. Die präsumentive Zuschlagsempfängerin sei dort nicht einmal registriert. Es sei daher auszuschließen, dass sie selbst über die Erlaubnis für die Sammlung oder Behandlung von Abfällen verfüge.

Festzuhalten sei, dass es sich bei den verwiesenen Punkten der Vorbemerkungen im Leistungsverzeichnis nicht bloß um Bestimmungen für das Ausführungsstadium handle. Die Befugnis zur Leistungserbringung müsse im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Dass der Auftragnehmer wie in Punkt 1.6.6 der Vorbemerkungen „vor dem Wegschaffen für das Sammeln oder Behandeln den Nachweis der Innehabung einer Berechtigung“ zu erbringen habe, ändere daran nichts. Einerseits habe gemäß Beilage 13 Punkt 08.1 zum Angebotsformblatt MD BD - SR 75 (2015) „eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung“ im Zuge des Befugnisnachweises vorzuliegen. Im vorliegenden Fall sei das eben nicht nur die Baumeister-Gewerbeberechtigung, sondern auch die Erlaubnis zur Sammlung oder Behandlung nach dem AWG. Weiters sei es durchaus üblich, dass sich ein Bauherr das aufrechte Bestehen einer Bewilligung, gerade im Bereich der Abfallsammlung bzw. -behandlung, bei Leistungsausführung aktuell nachweisen lasse. Im vorliegenden Fall sei der Auftraggeber, abgesehen von seiner Verantwortung und Haftung nach dem AWG, sogar konkret verpflichtet und werde dazu auf den UVP-Genehmigungsbescheid der Wiener Landesregierung vom 12.03.2013 verwiesen, welcher einen Bestandteil der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen bilde. Gemäß dessen Spruchpunkt II. Auflage 3. habe der Auftraggeber „vor der ersten tatsächlichen Abfallübergabe vom Übernehmer eine rechtsverbindliche Erklärung einzuholen, die bestätigt, dass der Übernehmer über die rechtlichen Voraussetzung zur Übernahme der Abfallarten verfügt“. Punkt 1.6.6 sei daher auch erforderlich, um gegenüber dem Auftragnehmer sicherzustellen, dass der Auftraggeber diese Bescheidaufgabe erfüllen könne.

Zu erwähnen sei, dass die Erlangung der Erlaubnisse nach dem AWG kostspielig und zeitintensiv sei. Schon aus dem Gesichtspunkt der Bietergleichbehandlung könne die Ausschreibungsbestimmung nach ihrem objektiven Erklärungswert nur

so verstanden werden, dass alle Bieter zum Zeitpunkt des § 69 Z 1 BVergG 2006 über alle Befugnisse verfügen müssen und nicht erst später.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge lediglich über das Gewerbe „Baumeister gemäß § 99 GewO 1994, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“. Das Leistungsverzeichnis enthalte aber auch planende und leitende Tätigkeiten, wie z.B. Leistungen nach BauKG, Planerstellung nach Punkt 3.2.2 der Vorbemerkungen, Erstellung des Bauzeitenplanes nach Punkt 2. der ergänzenden Festlegungen zur Leistungserbringung, Pos. 02.0711 Erstellung von Bestandsplänen, koordinierende Tätigkeiten gegenüber den ausschreibenden Magistratsabteilungen, aber auch anderen Dienststellen des Auftraggebers. So habe der Auftragnehmer auch Leistungen über die sogenannten Einbautendienststellen des Auftraggebers, Magistratsabteilung 33 und Magistratsabteilung 42, zu erbringen, welche hier quasi mitausgeschrieben würden. Abgewickelt werde das in der Praxis derart, dass nach Zuschlagserteilung diese Einbautendienststellen „Bestellscheine“ an den Auftragnehmer sendeten, damit dann die Verrechnung dieser Leistungen direkt an die jeweilige Einbautendienststelle erfolgen könne. In den Ausschreibungsunterlagen sei dies in Punkt 13 der ergänzenden Festlegungen zur Leistungserbringung berücksichtigt, wonach „nach Angaben des Auftraggebers gesonderte Rechnungen entsprechend den organisatorischen Bedürfnissen des Auftraggebers auszustellen sind“.

All diese Bauleiter-Leistungen dürfte zwar der Baumeister an sich im Rahmen seiner Planungsbefugnis erbringen, dies sei aber dann natürlich nicht der Fall, wenn die Baumeisterbefugnis auf ausführende Tätigkeiten eingeschränkt sei und planende und leitende Tätigkeiten damit gerade ausgeschlossen seien.

Zudem enthalte das Leistungsverzeichnis Pflastererarbeiten in nicht bloß geringfügigem Umfang, die vom Auftraggeber teils als wesentliche Positionen gekennzeichnet seien. Für diese sei das Bestehen der Gewerbeberechtigung Pflasterer erforderlich, weil sie den Rahmen der gewerblichen Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO überschritten. Über diese Gewerbeberechtigung verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht. Die präsumtive

Zuschlagsempfängerin habe laut Angebotsverlesung keine Subunternehmer genannt.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und Teilnahme daran verletzt, insbesondere auf Gleichbehandlung aller Bieter und Wahren des fairen Wettbewerbs, Ausschließen von Bietern, wenn bei diesen einer der Gründe des § 68 BVergG 2006 gegeben sei, Ausscheiden von Angeboten, wenn diese mit einem Ausscheidensgrund belastet seien, in Folge Ausscheidens des dem Angebot der Antragstellerin vorgereichten Bieters, Fassung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin und letztlich Zuschlagserteilung an sie.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss schon damit dokumentiert, indem sie fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben habe, weiters durch Einbringung des vorliegenden Nichtigerklärungsantrages samt Antrages auf einstweilige Verfügung und nicht zuletzt durch Entrichtung der dafür erforderlichen Gebühren.

Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Form der bislang durch das Vergabeverfahren im Vertrauen auf dessen rechtskonforme Durchführung entstandenen und der noch entstehenden Kosten sowie des Weiteren in Form der entgangenen Geschäftsmöglichkeit, welche die Antragstellerin in ihrem Antrag beziffert. Darüber hinaus habe der dem Gegenstand der Ausschreibung bildende Auftrag besonderen Wert für die Antragstellerin und jedes ihrer Mitglieder als Referenzauftrag für zukünftige Bewerbungen bei anderen Vergaben desselben Auftraggebers, aber auch anderer Auftraggeber.

Unter einem wurde auch die Rücküberweisung der für den gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu viel entrichteten Pauschalgebühren beantragt.

Mit Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 04.04.2016 brachte diese vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages geführt werde. Der

ausgeschriebene Bauauftrag umfasse die Erbringung von Straßenbauleistungen samt Nebenarbeiten. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe im Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die für die Leistungserbringung erforderliche sowie gemäß Ausschreibungsunterlagen geforderte Eignung verfügt.

Wenn die Antragstellerin angebe, dass die Auftraggeberin „planende und leitende Tätigkeiten“ im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben habe, so sei ihr zu entgegnen, dass sich keine solchen, wie von der Antragstellerin aufgezählten, Planungs- und Leitungsleistungen im Leistungsverzeichnis befänden. Es fände sich in den Ergänzenden Festlegungen zur Leistungserbringung der MA 28 in Punkt 6. lediglich die Verpflichtung des präsuntiven Zuschlagsempfängers, den Anweisungen des Baustellenkoordinators Folge zu leisten. Die Kosten, die aus den Anordnungen des Baukoordinators resultierten, würden nicht gesondert vergütet werden. Daraus sei keine Verpflichtung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin abzuleiten, Leistungen gemäß Bauarbeitenkoordinationsgesetz (BauKG) zu erbringen, sondern eindeutig klargestellt, dass diese Leistungen nach BauKG ausschließlich durch die Auftraggeberin selbst bzw. durch gesondert beauftragte Dritte erbracht würden. Bauleitungstätigkeiten seien daher gegenständlich nicht ausgeschrieben und auch nicht zu erbringen.

Dies gelte auch für die von der Antragstellerin vorgebrachten Koordinierungspflichten der präsuntiven Zuschlagsempfängerin. Die MA 28 als zuständige Dienststelle sei ausschließlich selbst für die Koordinierung der übrigen beteiligten Stellen zuständig. Die Verrechnungspraxis, die aus budgetären Gründen erfolge, habe nicht zur Folge, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin Koordinierungsleistungen schulden würde.

Die von der Antragstellerin als „Planungsleistungen“ eingestuften Leistungen der Erstellung von Plänen gemäß Punkt 3.2.2 der Ständigen Vorbemerkungen (Herstellen und Liefern von Baustelleneinrichtung-, Bauablaufs-, Spreng-, Abbau- und Baugrubensicherungsplänen und dergleichen je nach Erfordernis), Bestandsplänen gemäß Pos 02.0711 des Leistungsverzeichnisses oder Bauzeitenplänen gemäß Ergänzenden Festlegungen der MA 28 würden keine planende Tätigkeit im Sinne der Baumeisterbefugnis gemäß § 99

Gewerbeordnung 1994 (GewO) darstellen. Bestandsplänen sei keinerlei planerische Tätigkeit inhärent, sie seien lediglich grafische Dokumentation der erbrachten Leistung, die Erstellung von Bauzeitplänen (= Terminplänen) sei vorbereitende Grundlage jedes gewissenhaften Unternehmers. Beide Tätigkeiten würden jedoch mit Sicherheit keine „planerische Tätigkeit“ im gewerberechtlichen Sinn darstellen. Die Planung der eigenen (ausführenden) Leistung müsse wohl jedem Wirtschaftstreibenden erlaubt sein. Auch werde in einer dazu eingeholten Stellungnahme der Wirtschaftskammer Niederösterreich (Landesinnung Bau) ausdrücklich festgehalten, dass das Baumeistergewerbe, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten, jedenfalls die Herstellung des gesamten Straßenkörpers umfasse. Da die Baupläne der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von der Auftraggeberin beigestellt würden, würden keine Planungsleistungen im Sinn der Planungsberechtigung gemäß § 99 GewO erfolgen.

Wenn von der Antragstellerin angegeben werde, dass diese „Planungsleistungen“ dabei nicht vom Nebenrecht des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO gedeckt seien, übersehe sie dabei die ausdrückliche Ausnahme von Planungsleistungen gemäß § 32 Abs. 1 Z 8 GewO, wonach Gewerbetreibende ausdrücklich zur Planung ihrer Leistungen berechtigt sind. Diese gesetzliche Ausnahme der Planung eigener Leistungen werde sogar als überflüssig erachtet, da eindeutig sei, dass die Planung der Arbeit bloß einen Teil der Leistungen selbst darstelle. Unter Hinweis auf Judikatur werde ausgeführt, dass die Nebenrechte nach § 32 Abs. 1 Z 1 sowie Z 8 GewO extensiv auszulegen seien, sodass die ausgeschriebenen Planungen jedenfalls auch durch die vorliegende Gewerbeberechtigung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin umfasst seien.

Im Ergebnis werde sohin festgehalten, dass der Versuch der Antragstellerin, in das gegenständliche Leistungsverzeichnis „planende“ und „leitende“ Tätigkeiten zu interpretieren, ins Leere gehe. Jede ausgeschriebene Leistung im Rahmen dieses Vergabeverfahrens sei von einer auf ausführende Tätigkeiten beschränkten Baumeisterbefugnis gedeckt.

Da die geforderte Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin somit im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorgelegen habe bzw. aufrecht sei, könne eine

Auseinandersetzung zu den Ausführungen der Antragstellerin zur Namhaftmachung von Subunternehmern entfallen.

Zur Befugnis für Pflastererarbeiten werde vorgebracht, dass die Auftraggeberin Pflasterertätigkeiten mit einem Leistungsvolumen von EUR 47.185,02 (Lohnanteil der Kostenschätzung) ausgeschrieben habe, was einem Anteil am Gesamtleistungsvolumen von 2,38 % entspreche.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist ein Anteil der Nebenleistungen von bis 6,43 % an der Gesamtangebotssumme als Nebenleistung „geringen Umfangs“ im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO anzusehen. Dies entspreche auch der Judikatur des VKS Wien, der im Hinblick auf die Nebenarbeit Pflasterertätigkeit einen Anteil von weniger als 6,43 % jedenfalls als noch durch § 32 GewO gedeckt ansah.

Wenn die Antragstellerin angebe, dass die ausgeschriebenen Pflastererarbeiten teilweise als „wesentliche Positionen“ durch die Auftraggeberin gekennzeichnet worden seien und argumentiere, dass dadurch die Anwendbarkeit des Nebenrechts des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO nicht gegeben sei, so übersehe sie, dass in der Judikatur für die Zulässigkeit des Nebenrechts lediglich eine quantitative und keine qualitative Betrachtung im Sinn einer Wesentlichkeit den Auftraggeber erfolge. Daraus folge, dass die Nebentätigkeit der Pflastererarbeiten mit einem Anteil von 2,38 % jedenfalls von § 32 GewO umfasst sei, sodass diese Tätigkeiten zulässiger Weise von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - auch ohne Namhaftmachung eines Subunternehmers - erbracht werden könnten.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei unter anderem auch das „Wegschaffen“ von (Aufbruch-)Materialien vorgesehen. Der verwendete Begriff sei in den Ständigen Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses unter Punkt 2.15 definiert. Eine „andere Festlegung“ im Sinn dieses Punktes finde sich in den Ergänzenden Festlegungen der MA 28 unter Punkt I.9, welcher lautet: „Abweichend von den „ständigen Vorbemerkungen der FSV-VI 002“ erfolgt mit dem Wegschaffen kein Eigentumsübergang in das Eigentum des Auftragnehmers.“

Weder sammle noch behandle der Auftragnehmer allfällige Abfälle gemäß der Definition des AWG. Vielmehr umfassten die ausgeschriebenen Leistungen gemäß Leistungsverzeichnis lediglich ein Verbringen an einen berechtigten Abfallsammler bzw. Abfallbehandler, sodass davon nur der Transport umfasst sei.

Auch auf Grund der Festlegungen in den Ergänzenden Festlegungen in Punkt 1.9 sei klargestellt, dass die ausgeschriebenen Leistungen lediglich solche Tätigkeiten umfassen könnten, die von der Ausnahmebestimmung des § 24a Abs. 2 Z 2 AWG umfasst seien, wonach Transporteure, die Abfälle im Auftrag des Abfallbesitzers (Stadt Wien), der weiterhin auf Grund der Ergänzenden Festlegung Verfügungsberechtigt bleibe, nur befördere.

Die Eigenschaft als Transporteur werde auch insofern durch die Definition des Wegschaffens in den ständigen Vorbemerkungen Punkt 2.15 deutlich, als darin ausdrücklich festgelegt werde, dass lediglich das Entladen und der Transport nicht allerdings das Beladen vom „Wegschaffen“ umfasst seien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin stelle somit als Transporteur den Transport sicher, sei aber nicht Eigentümer der Abfälle. Festzuhalten sei demnach, dass sich aus den ausgeschriebenen Leistungen kein Erfordernis einer Befugnis gemäß § 24a AWG ergebe, da der Auftragnehmer nur dann eine solche Zulassung für das Abfallbehandeln und Abfallsammeln nachzuweisen habe, wenn er selbst Material für das Sammeln oder Behandeln wegschaffe. Der Auftragnehmer sei bei den gegenständlichen Leistungen aber lediglich Transporteur von allfälligen Abfällen und kein Abfallbehandler oder -sammler. Dies ergebe sich auch aus dem im zweiten Satz des Punktes 1.6.6 verlangten Nachweises einer rechtskonformen Behandlung oder Sammlung solcher Abfälle. Dieser Nachweis wäre hinfällig, wenn die Auftragnehmerin bereits selbst die entsprechenden Berechtigungen aufweisen müsste.

Für den verständigen Bieter als objektiven Erklärungsempfänger seien die Festlegungen der Ausschreibungsunterlage ausschließlich wie oben dargestellt zu verstehen gewesen. Bei entsprechenden Unklarheiten hätte die Antragstellerin eine entsprechende Frage an die Auftraggeberin richten müssen, um diese aufzuklären. Diesbezüglich sei keine einzige Frage irgendeines Bieters im

Vergabeverfahren gestellt worden und auch andere Bieter würden über keine Zulassung als Abfallsammler und -behandler im Sinn des § 24a AWG verfügen. Demnach müsse angenommen werden, dass ein objektiver Erklärungsempfänger ebenso nicht vom Erfordernis einer solchen Zulassung für die gegenständlichen Leistungen ausgehen habe müssen.

Habe die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlage dahingehend interpretieren wollen, dass gegenständlich eine Zulassung als Abfallsammler und -behandler erforderlich sei, was ausdrücklich bestritten werde, so würde dies zu dem Ergebnis führen, dass seitens der Auftraggeberin Befugnisse verlangt würden, ohne dass der Befugnis entsprechende Leistungen ausgeschrieben worden seien. Dies könne der Auftraggeberin nicht unterstellt werden.

Auch sei mit dem Verweis auf die Auflage 3. des zweiten Spruchpunktes des UVP-Genehmigungsbescheides für die Antragstellerin nichts gewonnen, da diese nur für den Fall gelte, wenn beabsichtigt ist, Abfälle an einen Abfallsammler oder -behandler zu übergeben. Nur von diesem Abfallsammler oder -behandler sei dann auch eine entsprechende Erlaubnis einzusehen. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin entsprechend der ausgeschriebenen Leistungen nicht selbst die Zulassung als Abfallsammler oder -behandler im Sinne des AWG 2002 inne habe müsse, sondern lediglich der Übernehmer der Abfälle, sei diese Auflage des UVP-Genehmigungsbescheides für das gegenständliche Verfahren nicht einschlägig.

Auch wenn die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen zitiert, wonach „eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung“ vorliegen müsse, so übersehe sie, dass auch nach der Gewerbeordnung ein Sammeln und Behandeln von Abfällen im Umfang des § 32 Abs. 1 Z 7 GewO zulässig sei. Der darin enthaltene Verweis auf die Einhaltung des AWG sei für den vorliegenden Fall insofern irrelevant, als die Ausnahmebestimmungen des § 24a Abs. 2 Z 2 bzw. Z 5 AWG 2002 auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin Anwendung finde.

Die Teilnahmeberechtigte brachte mit Schriftsatz vom 01.04.2016 vor, dass das AWG regle, wer Abfallsammler sei. Daraus leite sich ab, dass es nicht erforderlich

sei, dass der Abfall tatsächlich physisch übernommen oder übergeben werde. Ausschlaggebend sei, ob eine Person Verfügungsbefugte sei und somit (zivilrechtlich) über die Übernahme oder Übergabe bzw. Verbleib der Abfälle entscheiden könne. Der Auftragnehmer, der den angefallenen Abfall mitnehme, sei je nach Vereinbarung entweder als Abfallsammler oder als Transporteur anzusehen.

In diesem Zusammenhang übersehe die Antragstellerin, dass den Ständigen Vorbemerkungen der Leistungsbeschreibung (Punkt 1.1.6 bis Punkt 1.6.6 und Punkt 2.15) durch die Ergänzenden Festlegungen der MA 28 zur Leistungserbringung derogiert worden sei. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe daher über einen allfälligen Abfall in rechtlicher Hinsicht keine Verfügungsmacht. Desweiteren verfüge die präsuntive Zuschlagsempfängerin auch faktisch über den eigenen erzeugten Abfall und nicht über einen anderen von Dritten erzeugten Abfall, weshalb schon aus diesem Grund die Vorschriften über den Abfallsammler nicht anzuwenden seien.

Das AWG regle auch, wer Abfallbehandler sei. Demnach handle es sich bei der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nicht um einen Abfallbehandler gemäß § 2 Abs. 6 Z 4 AWG 2002.

Die Antragstellerin übersehe den umfangreichen Ausnahmekatalog. § 24a Abs. 2 Z 5 AWG sehe eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht vor. Diese Ausnahme sei in der Praxis bekannt unter „erlaubnisfreie Rücknehmer“. Darunter verstehe man Personen, die selbst erwerbsmäßig Produkte in den Verkehr setzen und Abfälle gleicher oder gleichwertiger Produkte zurücknehmen, um diese an einen berechtigten Abfallsammler oder Behandler weiterzugeben. Eine Information der gemeinsamen Geschäftsstelle der Bundesinnung Bau und Fachverband der Bauindustrie würden als gleichlautendes Beispiel ein Bauunternehmen, das unter anderem Gebäude errichte, erwähnen. Diesem sei gestattet, den Bauschutt erlaubnisfrei zurückzunehmen. Entscheidend dabei sei, dass das Bauunternehmen die Abfälle auch tatsächlich, das heißt physisch, und nicht nur rechtlich übernehme.

Unmissverständlich ergebe sich aus diesen Ausführungen, dass es sich bei der präsumentiven Zuschlagsempfängerin weder um einen Abfallsammler gemäß § 2 Abs. 6 Z 3 AWG noch um einen Abfallbehandler handle und jedenfalls die Ausnahmeregel des § 24a Abs. 2 Z 5 AWG eingreife, weswegen es auch keiner Erlaubnis des Landeshauptmannes gemäß § 24a AWG bedürfe. Demgemäß habe auch eine Registerabfrage im Elektronischen Datenmanagement-Umwelt (EDM) negativ verlaufen müssen, da die Antragstellerin nur eine Abfrage hinsichtlich Sammler- bzw. Behandlererlaubnis durchgeführt habe. Die präsumentive Zuschlagsempfängerin sei im EDM-Register registriert und abfragbar und verfüge über eine gültige GLN-Nummer. Die Berechtigung der präsumentiven Zuschlagsempfängerin beziehe sich auf die Überbringung nicht gefährlicher Abfälle an einen Abfallbehandler zur Entsorgung bzw. Aufbereitung. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin seien daher keine abfallrechtlichen Bestimmungen verletzt worden und sei eine Genehmigung des Landeshauptmannes nicht erforderlich.

Richtig sei, dass die präsumentiven Zuschlagsempfängerin über das eingeschränkte Gewerbe „Baumeister gemäß § 99 GewO 1994, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeit“ verfüge.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin enthalte das Leistungsverzeichnis keine Leistungen nach dem Bauarbeitenkoordinationsgesetz.

Zu Punkt 3.2.2 der Vorbemerkungen (Herstellen und Liefern und Baustelleneinrichtungs-, Bauablaufs-, Spreng-, Abbau- und Baugrubensicherungsplänen) werde ausgeführt, dass es sich bei diesen Tätigkeiten nicht um Planerstellung im Sinne des Baumeistergewerbes handle und die präsumentive Zuschlagsempfängerin jedenfalls berechtigt wäre, falls dies erforderlich sein sollte, derartige Pläne zu erstellen.

Zu Punkt 2. der Ergänzenden Festlegung der Leistungserbringung (Bauablauf, Bauzeitenplan, Geräteeinsatz) werde ausgeführt, dass dieser Punkt nur eine Festlegung der eigenen Leistungen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin

bestimme und sei es selbstverständlich dem eingeschränkten Baumeistergewerbe zuzuschreiben.

Zu den Bestandsplänen werde ausgeführt, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin keine Baupläne zeichne, da die Baupläne fix und fertig von der Auftraggeberin erstellt würden.

Selbst wenn geringfügige Änderungen notwendig werden würden, wäre die präsuntive Zuschlagsempfängerin im Rahmen des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO legitimiert, diese Tätigkeiten im Rahmen des Nebengewerbes auszuführen, da diese nur 0,06 % (EUR 1.275,28) der Angebotssumme betreffen würden. Dass diese Leistung die eigenen Leistungen sinnvoll ergänzen würde, bestreite die Antragstellerin nicht einmal. Verwiesen werde auf Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 32 Abs. 1 Z 1 GewO.

Hinsichtlich der angeblich von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ausgeführten, koordinierenden Tätigkeiten gegenüber der ausschreibenden Magistratsabteilung, werde ausgeführt, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin keinerlei koordinierende Tätigkeiten ausübe. Etwaige interne, zwischen den Magistratsabteilungen erfolgende Koordinierungen übe die MA 28 selbstständig mit den anderen Magistratsabteilungen aus. Der präsuntiven Zuschlagsempfängerin werde nur letztlich mitgeteilt, an wen und in welcher Höhe die einzelnen Rechnungen auszustellen seien. Diese Einzelrechnungen würden dann in der Gesamtrechnung an die MA 28 in Abzug gebracht werden. Hier handle es sich um keine koordinierenden Aufgaben, sondern um budgetäre Kostenaufteilungen, welche in den Zuständigkeitsbereich der Auftraggeberin fallen würden. Zusammengefasst werde somit festgehalten, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin keinerlei Bauleiterleistungen ausübe, sondern damit ausschließlich die Auftraggeberin betraut sei. Die von der Antragstellerin monierte Bauleiterleistung betreffe die eigene Leistungserbringung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin und stelle demnach keine Bauleiterleistungen im Sinne der Gewerbeordnung dar, sondern handle es sich dabei um ausführende Tätigkeiten. Selbstverständlich müsse die präsuntive Zuschlagsempfängerin legitimiert sein, ihre eigenen Tätigkeiten zu planen, ansonsten eine Berufsausübung verunmöglicht werden würde.

Im Leistungsverzeichnis seien in der Leistungsgruppe 18 Pflasterarbeiten alle Leistungspositionen, die im Zusammenhang mit den Pflasterarbeiten stehen, angeführt. In diesen Positionen seien auch sämtliche Materialanlieferungen sowie alle erforderlichen Vor-, Nach- und Nebenarbeiten enthalten. Die tatsächliche, gewerberechtliche Tätigkeit des Pflasterers (Verlegen der Steine) werde im Angebot des Vergabeaktes extra ausgeworfen. Daraus ergebe sich eine Gesamtsumme in einer Höhe von weniger als 1 % der Gesamtbausumme. Die Pflasterarbeiten dürften daher als Nebentätigkeit in diesem sehr geringen Umfang gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO ausgeführt werden.

Zu diesen beiden Stellungnahmen führte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 13.04.2016 aus, dass sowohl die Auftraggeberin als auch die mitbeteiligte Partei sich mit ihrem Vorbringen von der bestandfesten Ausschreibung entfernen würden. Lediglich der letzte Satz des Punktes 2.15 sei gemäß Punkt 9 der ergänzenden Festlegungen zur Leistungserbringung abbedungen worden. Demnach erfolge „mit dem Wegschaffen kein Eigentumsübergang in das Eigentum des Auftragnehmers“. Der Rest bleibe davon unberührt, da sonst der ganze Punkt 2.15 gestrichen worden wäre.

Unverändert bleibe auch Punkt 1.6.6 der Vorbemerkungen, wonach eine Erlaubnis für die Sammlung bzw. Behandlung von Abfällen vorliegen müsse. Diese Ausschreibungsfestlegung begnüge sich auch nicht mit der Berufung auf einer der im AWG 2002 oder in der GewO 1994 enthaltenen Ausnahmebestimmungen, sondern verlange die Vorlage des Nachweises. Dies sei auch vergaberechtlich nicht zu beanstanden, weil es der Auftraggeberin als „Herrin des Verfahrens“ obliege, die Eignungsanforderungen an die Bieter festzulegen.

Tatsächlich sei die ergänzende Festlegung des Punktes 9 ein Fremdkörper in der Ausschreibung. Derartiges werde üblicherweise festgelegt, wenn ein Auftraggeber mit Abfällen Handel treibe, z.B. im Bereich Altmetalle oder Biomüll. Für die abfallwirtschaftsrechtliche Beurteilung der erforderlichen Befugnisse im vorliegenden Fall sei Punkt 9 der Ergänzenden Festlegungen zur Leistungserbringung irrelevant. Das AWG 2002 stelle nämlich weder in den materiellen Bestimmungen noch in den Begriffsdefinitionen des Abfallbesitzers

sowie des Abfallerzeugers, -sammlers und -behandlers überhaupt auf das Eigentum am Abfall ab. Dem AWG 2002 gehe es um den „Besitz“ oder unter anderem um „das rechtliche Verfügen“, wobei - anders als die Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei unterstellen - dessen Rechtsgrund nicht auf das Eigentum eingeschränkt sei und daher auch jede andere zivilrechtliche Gestaltung in Betracht komme.

Die Behauptung der Auftraggeberin, wonach die ausgeschriebenen Leistungen gemäß Leistungsverzeichnis lediglich ein Verbringen an einen berechtigten Abfallsammler bzw. -behandler umfasse, so dass davon nur der Transport erfasst sei, widerspreche der bestandfesten Ausschreibung. Schon nach der Definition des Begriffs „Wegschaffen“ habe nämlich der Auftragnehmer das Entsorgen von Materialien auf vom Auftragnehmer beigestellten Deponien bzw. das Behandeln in dazugenehmigten Abfallbehandlungsanlagen im Auftrag. Er habe also den Abfall gerade nicht bloß zu transportieren, sondern er habe auch die Deponie bzw. Abfallbehandlungsanlage beizustellen. Es verstehe sich von selbst, dass der Auftragnehmer dazu entweder Abfallsammler oder -behandler sein müsse, oder einen die erforderlichen Befugnisse (Erlaubnisse) aufweisenden Subunternehmer nennen müsse.

Darüber hinaus enthalte das Leistungsverzeichnis ausdrücklich Leistungspositionen über das Sammeln und Behandeln des Abfalls. Der Auftragnehmer werde nach der vorliegenden Ausschreibung für die Sammlung bzw. Behandlung des Abfalls auch bezahlt, und zwar: Pos. 03.1921C und Pos. 03.1997, Pos. 03.25, Punkt 4.2 und 4.3, Pos. 03.2517C und Pos. 03.2597. All diese Leistungen könne der Auftragnehmer aber nur erfüllen, wenn er entweder selbst Sammler/Behandler sei oder einen Subunternehmer dafür namhaft gemacht hätte. Die Auftragnehmerin sei daher nicht bloß Transporteur, der Abfälle im Auftrag des Abfallbesitzers nur befördere. Die mitbeteiligte Partei könne sich daher nicht auf § 24a Abs. 2 Z 2 AWG 2002 berufen. Davon ganz abgesehen, verfüge die mitbeteiligte Partei auch nicht über die gewerberechtliche Befugnis für den Gütertransport. Auf § 32 Abs. 1 Z 7 GewO 1994 könne sie sich nicht berufen, wie das die Auftraggeberin behaupte, zumal damit die Auftraggeberin zugestehen würde, dass die Auftragnehmerin ja doch Abfälle sammle/behandle. § 31 Abs. 1 Z 7 GewO erfasse das Sammeln und Behandeln

von Abfällen, nicht aber den bloßen Transport. Ein argumentativer Rückzug auf § 32 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 verbiete sich, weil kein Werksverkehr vorliege. Für einen Transporteur, wie ihn die Auftraggeberin vermeintlich sehe, müsste die mitbeteiligte Partei vielmehr über das konzessionierte Gewerbe der gewerbsmäßigen Beförderung von Gütern verfügen, welches sie aber nicht habe. Die mitbeteiligte Partei selbst wolle auch gar kein Transporteur sein und gestehe dies auch zu, wenn sie für sich die Ausnahmebestimmung des § 24a Abs. 2 Z 5 AWG 2002 in Anspruch nehme. Die Tatbestandsvoraussetzung des § 24a Abs. 2 Z 5 AWG seien nicht erfüllt. Die mitbeteiligte Partei könne angesichts der Vielzahl der hier auftragsgegenständlichen Schlüsselnummern (Gleis, Schotter, Eisenbahnschwellen, Holz, Bodenaushübe etc.) kaum behaupten, dass sie „erwerbsmäßig Produkte abgibt in Bezug auf die Rücknahme von Abfällen gleicher oder gleichwertiger Produkte, welche dieselbe Funktion erfüllen, zur Weitergabe an einen berechtigten Abfallsammler oder Abfallbehandler“. Selbst wenn die mitbeteiligte Partei ein erlaubnisfreier Rücknehmer wäre, dann sei sie dennoch auszuschneiden: Die Ausnahmebestimmung funktioniere nämlich nur dann, wenn der erlaubnisfreie Rücknehmer die Abfälle an den befugten Abfallsammler oder -behandler weitergebe. Dies sei aber nach dem Angebot der mitbeteiligten Partei nicht der Fall, habe sie doch hierfür keinen Subunternehmer genannt.

Wenn die mitbeteiligte Partei behaupte, es handle sich bei ihr nicht um einen Abfallbehandler gemäß § 2 Abs. 6 Z 4 AWG, da diese Tätigkeiten nicht in den Aufgabenbereich der präsumentiven Zuschlagsempfängerin fielen, gestehe sie zu, dass sie nicht über die erforderliche Befugnis verfüge.

Auch das von der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei verfehlt mit der Frage des Eigentumsübergangs vermengte Element des rechtlichen Verfügens helfe der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei nicht, sondern unterstütze ganz im Gegenteil die Argumentation der Antragstellerin. Auf Grund des Auftragsverhältnisses werde nämlich der Auftragnehmerin übertragen, für das Entsorgen von Materialien auf von der Auftragnehmerin beigestellten Deponien bzw. das Behandeln in dazu genehmigten Abfallbehandlungsanlagen zu sorgen. Auf Grund der konkreten Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses seien sogar alle drei Buchstaben des § 2 Abs. 6 Z 3 AWG 2002 erfüllt. Hingegen sei für das

rechtliche Verfügung an keiner Stelle des AWG 2002 der Übergang des Eigentums am Abfall vom Abfallbesitzer an den Abfallsammler oder -behandler gefordert.

Zu den Abrechnungsmodalitäten werde ausgeführt: Es sei die für die Einbautenstelle jeweils erbrachte Leistung, die zuvor durch die Einbautendienststelle direkt beim Auftragnehmer mit Bestellschein bestellt worden sei, gesondert mit diesem aufzunehmen; daran wirke die MA 28 überhaupt nicht mit. Auf Grund dieser Aufnahmen seien Rechnungen an die einzelnen Einbautendienststellen zu erstellen und mit diesen zu prüfen. Danach werde die Rechnung an die jeweilige Einbautendienststelle gelegt und abgewickelt. Die MA 28 erfahre erst anlässlich der Schlussrechnung die gesamtverrechnete Summe an die Einbautendienststellen, um daraus die Gesamtsumme für den Haftrücklass zu ermitteln. In diesem Umfang sei die Auftragnehmerin daher durchaus koordinierend tätig und übernehme Aufgaben, die über die bloße Ausführung hinausgingen.

Mit Beschluss vom 25.03.2016, VGW-123/V/074/3332/2016, wurde die beantragte einstweilige Verfügung erlassen.

Am 19.05.2016 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche folgenden Verlauf hatte:

Auf Befragen der Berichterin gaben die Parteienvertreter an, dass zu den beiden gewerberechtlichen Themen auf das bisherige Vorbringen verwiesen werde.

Der Antragsgegnervertreter gab auf Frage zum Zweck der Änderung in den ergänzenden Festlegungen Punkt 9, wonach kein Eigentumsübergang stattfindet, an:

Damit wird die Definition des Abfallsammlers nicht erfüllt, es soll kein Handel ermöglicht werden.

Der Antragsgegnervertreter gab auf Vorhalt der Definition „Wegschaffen“ ohne Laden an:

Das Laden ist eine eigene Leistung laut LB, das Wegschaffen umfasst eben nicht das Aufladen, sondern nur das Wegbringen.

Der Antragsgegnervertreter gab auf Vorhalt des Punktes 2.15 „Wegschaffen“ an: Es wird nur dem letzten Satz derogiert.

Der Antragstellervertreter brachte vor, dass die Abfalldeponie vom Auftragnehmer beizustellen ist.

Der Antragsgegnervertreter führte dazu aus, dass Abfallbesitzer und Eigentümer ggst. auseinanderfallen, der Transport und das Wegschaffen sei hier die Leistung.

Der Antragstellervertreter hielt dagegen, dass der Deponierer bzw. die Deponie als Subunternehmer zu nennen wäre, da dieser Leistungen erbringe. Verwiesen werde auf die Stellungnahme vom 13.04.2016.

Der Antragsgegnervertreter entgegnete unter Hinweis auf Punkt 2.15, wo vorgesehen ist, dass „*erforderlichenfalls* das Entsorgen...“ vorgesehen ist.

Der Antragstellervertreter führte dazu aus, selbst wenn das Entsorgen im Sinn einer Eventualposition vorgesehen sei, habe der Auftragnehmer die Befugnis nachzuweisen.

Der Antragsgegnervertreter führte zur Pos. 03.1921C und Pos. 03.1997 im Schriftsatz der Antragstellerin vom 13.04.2016 aus:

Damit soll sichergestellt werden, dass nur über berechtigte Behandler entsorgt wird.

Der Antragsgegnervertreter führte zur Pos. 03.25, angeführt im Schriftsatz der AST vom 13.04.2016, aus, dass damit gewährleistet sein solle, dass diese Abgaben und Kosten im Einheitspreis berücksichtigt würden.

Der Antragstellervertreter wies daraufhin, dass die Pos. 03.2511C eine wesentliche Position ist.

Der Antragsgegnervertreter entgegnete, dass sich die Wesentlichkeit der Position aufgrund der Menge ergebe.

Der Antragsgegnervertreter verwies zur Pos. 03.2517C und Pos 03.2597 im Schriftsatz der Antragstellerin vom 13.04.2016 auf die Begründung zur Pos. 03.25 (Einheitspreis).

Der Antragsgegnervertreter gab auf Frage an, dass auf Rechnung des Auftragnehmers, das ist der Abfallbesitzer, der Abfall auf die Deponie verbracht wird.

Der Teilnahmeberechtigtenvertreter gab auf Frage aus dem Senat an:

Wir verfügen über eine GLN-Nummer und verweisen auf den Schriftsatz vom 01.04.2016, Seite 5. Der Vertreter der Teilnahmeberechtigten gab an, mit dieser GLN Registrierung seit Bestehen des EDM registriert zu sein, das sei seit etwa drei bis vier Jahren.

Der Antragsgegnervertreter sah mit der Registrierung der Teilnahmeberechtigten diese Berechtigung als erwiesen für diesen Leistungsgegenstand an. Insbesondere erfolge laut Leistungsverzeichnis keine Abfallsammlung. Der Auftragnehmer müsse keine Abfallsammlertätigkeit ausüben.

Der Antragstellervertreter bestritt, dass die GLN Nummer diese Berechtigung verleihe. Die Abfälle seien an einen berechtigten Abfallbehandler zu übergeben, dieser sei als Subunternehmer zu nennen.

Der Antragsgegnervertreter gab auf Vorhalt des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 13.04.2016, Seite 3 an:

Wenn der Auftragnehmer als Transporteur im Sinne des § 24a Abs. 2 AWG von der Erlaubnispflicht ausgenommen sei, werde die Transporteur-Tätigkeit vom gewerberechtiglichen Nebenrecht (Werkverkehr) umfasst sein.

Der Antragstellervertreter bestritt und nannte insbesondere fünf Voraussetzungen für den Werkverkehr, welche nach herrschender Ansicht kumulativ vorliegen müssten. Weiters handle es sich beim Transport der Abfälle

um keinen Werkverkehr in dem Sinne, da er auch außerhalb der Baustelle stattfindet.

Der Antragsgegnervertreter verwies auf § 10 Güterbeförderungsgesetz und sah die dort genannten Voraussetzungen als erfüllt. Weiters wurde verwiesen auf VwGH Slg. 12.885A.

Der Vertreter der Teilnahmeberechtigten gab auf Frage des Antragstellervertreters an:

Die LKW zum Transport der Abfälle werden von der A. Transport GmbH beigestellt. Dabei handle es sich um ein verbundenes Unternehmen.

Der Antragsgegnervertreter verwies auf § 32 Abs. 1 Z 9 und Z 13 GewO.

Der Antragsgegnervertreter gab auf Frage an, dass kein bestimmter Entsorger genannt worden sei: dies habe den Grund, dass hier keine Festlegung erfolgen solle, der Bieter solle hier gestalten können.

Hingewiesen wurde vom Antragstellervertreter auf Rechtsprechung des EuGH, welche dieses verbiete.

Der Antragsgegnervertreter brachte auf Vorhalt des Punktes 1.6.1. und 1.6.6., in welchen insbesondere Bezug auf österreichisches Abfallrecht genommen wird, vor:

Es geht uns um den Nachweis der rechtskonformen Entsorgung und Behandlung des Abfalls, insbesondere § 15 AWG.

Der Antragsgegnervertreter zu Einbauten und Einbautendienststelle:

MA 28- und MA 33-Leistungen werden gemeinsam ausgeschrieben, die Teilleistungen werden von der MA 28 koordiniert, die MA 33 ist Kostenträger, die Leistung wird mit der MA 33 verrechnet, der Auftragnehmer legt Rechnung an MA 33. Die gesamte Koordination findet durch die MA 28 statt.

Zum Bauarbeitenkoordinationsgesetz wird auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

Der Antragsgegnervertreter hielt abschließend fest, dass es sich bei den Transportleistungen eines verbundenen Unternehmens um eine Weitergabe im Rahmen des Leistungsgegenstandes handle und daher keine Subunternehmer bekanntzugeben gewesen seien.

Der Antragstellervertreter hielt dem entgegen, dass es sich hier sehr wohl um Subunternehmerleistungen handle und ein solcher bekanntzugeben gewesen sei. Zumal sei die Novelle noch nicht anwendbar gewesen.

Der Teilnahmeberechtigtenvertreter verwies auf sein bisheriges Vorbringen und schloss sich dem Schlusswort des Antragsgegnervertreters an.

Im Zuge der Beratung ergab sich folgende ergänzende Frage an die Antragstellerin:

Die Antragstellerin habe argumentiert, dass der Deponiebetreiber von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin als Subunternehmer anzugeben gewesen wäre. Es ergehe daher die Frage aus dem Senat, wie die Antragstellerin mit dem allfälligen Erfordernis, den Deponiebetreiber als Subunternehmer zu nennen, umgegangen sei.

Der Antragstellervertreter führte dazu aus, dass die Antragstellerin über eine abfallrechtliche Befugnis für das Sammeln und Behandeln von Abfällen verfüge. Ihre abfallrechtliche Befugnis decke ausdrücklich auch die Behandlung von Abfällen ab. Sie verfüge auch über die dafür erforderliche Deponie. Die Deponierung des Abfalles sei daher von der Antragstellerin als Eigenleistung vorgesehen. Eine Subunternehmernennung durch die Antragstellerin würde sich aus diesem Grunde erübrigen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Aufgrund des Nichtigkeitsantrages vom 22.03.2016, der im Verfahren ergangenen Schriftsätze, zu welchen die Parteien jeweils die Möglichkeit zur Stellungnahme hatten, der im Verfahren vorgelegten Urkunden, des von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeaktes sowie des Ergebnisses der

durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung wird nachstehender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein Bauverfahren zur Vergabe von Straßenbauarbeiten unter der Bezeichnung "Ausschreibungsnummer LV\28\BO-00-135196-2015-SWE 2013 - HBH Baulos 11, 1. Bauabschnitt, Bauauftrag – Straßenbauarbeiten" im Oberschwellenbereich als offenes Verfahren. Das Ende der Angebotsfrist war der 29.01.2016, 9:00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin beteiligte sich mit einem Angebot am Verfahren. Der Zuschlag sollte dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Die Ausschreibung ist bestandfest.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 14.03.2016 gab die Antragsgegnerin bekannt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag der A. GmbH (im Folgenden präsumtive Zuschlagsempfänger, Teilnahmeberechtigte) zu erteilen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 22.03.2016 eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung. Die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich in Höhe von Euro 9.000,00 wurden nachweislich entrichtet.

Die Antragsgegnerin gab mit Schriftsatz vom 24.03.2016 unter anderem den geschätzten Auftragswert, welcher im Unterschwellenbereich liegt, bekannt. Die Antragstellerin beantragte die Rücküberweisung der zu viel entrichteten Pauschalgebühr.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt seit 16.01.2014 über das Gewerbe „Baumeister gemäß § 99 GewO 1994, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“.

In der Leistungsgruppe 18 im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung sind „Pflasterarbeiten, Randbegrenzungen“ beschrieben und positionsweise aufgeführt. Die Auftraggeberin hat im Nachprüfungsverfahren unter Verweis auf ihre Kostenschätzung im Vergabeakt (Ordner 1) betreffend die Pflasterertätigkeiten ein Leistungsvolumen betreffend den Lohnanteil und einen sich daraus ergebenden Prozentanteil am Gesamtleistungsvolumen von 2,38% angegeben.

Im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (Ordner 1, Trennblatt 1) wurde für die Leistungsgruppe 18 im Verhältnis zur Gesamtangebotssumme ein Wert von über 6,43% angegeben.

In Punkt 6. der Ergänzenden Festlegungen der Auftraggeberin (Ordner 4) (Seite 11 der Ergänzenden Festlegungen) wird zum Bauarbeitenkoordinationsgesetz (BauKG) festgehalten, dass bei der Abwicklung dieses Vorhabens die Bestimmungen des BauKG Anwendung finden, den Anordnungen des Baustellenkoordinators umgehend Folge zu leisten sei und die sich aus diesen Anordnungen ergebenden Aufwendungen nicht gesondert vergütet würden.

Zur Vorgehensweise im Zusammenhang mit Einbauten und Einbautendienststellen wurde vom Vertreter der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung der Prozess dargelegt. Nach der unbestrittenen Darstellung obliegt der Auftraggeberin die Koordination der von verschiedenen Dienststellen, gegenständlich MA 33 und MA 42, gemeinsam ausgeschriebenen Leistungen.

Die dem Bauvorhaben zugrunde liegenden Baupläne sind der Ausschreibung angeschlossen (Ordner 4) und wurden von der Auftraggeberin erstellt.

Die ausgeschriebene Leistung enthält demnach keine planenden oder leitenden Tätigkeiten im Sinn des § 99 GewO.

Eine Registerabfrage im Elektronischen Datenmanagement (EDM) – Umwelt ergab, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in diesem Register mit GLN-Nummer (Global Location Number) ... registriert ist. Eine Abfallbesitzernummer weist die Registerabfrage betreffend die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht aus. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist nicht als Abfallsammlerin oder – behandlerin registriert und ist nicht berechtigt, Abfälle zu sammeln oder zu behandeln.

In den Ständigen Vorbemerkungen der Ausschreibung (Ordner 4) wird in Punkt 1.6.1 „Verwertung von Abfall“, Punkt 1.6.5 „Anthropogene Belastung“ und Punkt

1.6.6 „Nachweise der rechtskonformen Behandlung/Sammlung“ auf das österreichische Abfallrecht Bezug genommen.

Punkt 1.6.1 der Ständigen Vorbemerkungen lautet:

„Verwertung von Abfall

Sofern die Verwertung von getrennten Materialien nicht auf der Baustelle oder nach Weisung des Auftraggebers außerhalb des Baustellenbereiches erfolgt, hat der Auftragnehmer für deren Verwertung im Sinne des österreichischen Abfallrechtes zu sorgen. Wenn die Schwellenwerte der Baurestmassentrennverordnung überschritten werden, sind für jede Stoffgruppe dem Auftraggeber Nachweise über deren Verwendung (Verbleib) zu übergeben.“

Punkt 1.6.5 der Ständigen Vorbemerkungen lautet:

„Anthropogene Belastung

(...)

Gemäß Abfallwirtschaftsgesetz unterliegt der Auftragnehmer der Verpflichtung, der Wiederverwendung verwertbarer Materialien Vorrang einzuräumen. Instrumentarien dieser Aufgabe sind die Baurestmassentrennverordnung, die Deponieverordnung und das Wasserrechtsgesetz. Für den Fall, dass der Auftraggeber bzw. -nehmer die anfallenden Materialien nicht selbst wiederverwertet, steht z.B. die „Recycling-Börse Bau“ (<http://recycling.or.at>) zur Verfügung.“

Punkt 1.6.6 der Ständigen Vorbemerkungen lautet:

„Nachweise der rechtskonformen Behandlung/Sammlung

Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber vor dem Wegschaffen für das Sammeln oder Behandeln den Nachweis der Innehabung einer Berechtigung gemäß § 24 AWG für nicht gefährliche Abfälle, und gemäß § 25 AWG für gefährliche Abfälle zu erbringen. Der Auftragnehmer hat einen Nachweis für die rechtskonforme Behandlung oder Sammlung vorzulegen. Für den Fall der Behandlung vor Ort mittels Behandlungsanlagen sind zusätzlich die Genehmigungen nach § 52 AWG vorzulegen.“

In Punkt 2.15 der Ständigen Vorbemerkungen wird das „Wegschaffen“ definiert wie folgt:

„Das Wegschaffen umfasst das zweckdienliche Verwerten, unabhängig davon, ob innerhalb oder außerhalb des Baustellenbereiches und erforderlichenfalls auch das Entsorgen von Materialien auf vom Auftragnehmer beigestellten Deponien bzw. das Behandeln in dazu genehmigten Abfallbehandlungsanlagen einschließlich des Transportes, des Abladens, jedoch nicht das Laden. Das Wegschaffen beinhaltet auch die Stehzeiten des Transportgerätes während des Ladens. Sofern nicht anders festgelegt, findet mit dem Wegschaffen ein Eigentumsübergang des Materials in das Eigentum des Auftragnehmers (AN) statt.“

Dem letzten Satz dieser Festlegung wurde durch Punkt 9. der Ergänzenden Festlegungen dahingehend derogiert, dass mit dem Wegschaffen kein Eigentumsübergang in das Eigentum der Auftragnehmerin erfolgt.

Die Auftraggeberin bleibt sohin Eigentümerin des Abfalls.

In Punkt 2.9 der Ständigen Vorbemerkungen wird das „Laden“ definiert wie folgt: „Als Laden gilt die Ladetätigkeit auf ein Transportgerät. Das Laden beinhaltet nicht die Beistellung des Transportgerätes durch den Auftragnehmer während der Ladetätigkeit.“

Im Leistungsverzeichnis finden sich in etlichen Positionen konkrete Festlegungen, wonach die Leistung auch das Trennen und Wegschaffen des anfallenden Abtragsmaterials, bei welchem die Anforderungen für die Baurestmassendeponie eingehalten werden, beinhaltet und sämtliche Abgaben und Kosten (z.B. ALSAG-Beitrag, Aufwendungen für Notifizierungsverfahren) mit den Einheitspreisen, sofern nicht anders definiert, abgegolten sind; dies unabhängig davon, ob vom Bieter eine Verwertung (z.B. Recycling) oder eine Beseitigung (z.B. Deponierung, Verbrennung) angeboten wird. Bei Überschreitung der Anforderungen werden die Mehraufwendungen für die rechtskonforme Behandlung gegen Nachweis gesondert vergütet.

Derartige Festlegungen finden sich beispielsweise in folgenden Positionen des Leistungsverzeichnisses:

03.05	Abtrag Zäune, Geländer, Straßenausrüstung
03.06	Abtrag Mauerwerk, Beton, Stahlbeton
03.10	Abtrag Objekte, Tragwerke, Bauteile
03.15	Abtrag Pflasterdecken, Randbegrenzungen
03.16	Abtrag bituminöse Schichten u.dgl.
03.17	Abtrag Betondecken, Unterlagsbeton
03.19	Abtrag Gleisschotter

In den Positionen 03.1997 und 03.2597 des Leistungsverzeichnisses sind Aufzählungen auf Positionen „Wegschaffen“ für das zur Verwertung bzw. Beseitigung wegzuschaffende Abtragsmaterial, welches die Anforderungen der entsprechenden Deponieklasse gemäß Deponie-VO einhält oder überschreitet, vorgesehen. Der Auftragnehmer hat in diesen Positionen auf Verlangen des Auftraggebers einen Nachweis für die sachgemäße Verwertung bzw. Beseitigung sowie allfällig geleistete ALSAG-Beiträge vorzulegen.

Die ausgeschriebene Leistung umfasst sohin neben den Straßenbauarbeiten die Verwertung (z.B. Recycling) oder eine Beseitigung (z.B. Deponierung, Verbrennung) von Abfall im Sinn des österreichischen Abfallrechtes. In der Ausschreibung sind keine Deponien, auf welche der Abfall zu verbringen ist, vorgegeben. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthält keine Angabe, auf welche Deponie welche Abfälle verbracht werden. Die Auftragnehmer haben laut Ausschreibung die abfallrechtlichen Kosten und Abgaben in ihren Einheitspreisen zu kalkulieren und die rechtskonforme Behandlung oder Sammlung dem Auftraggeber nachzuweisen.

Das „Wegschaffen“ umfasst nach der Ausschreibung das zweckdienliche Verwerten und erforderlichenfalls das Entsorgen von Materialien auf vom Auftragnehmer beigestellten Deponien bzw. das Behandeln in dazu genehmigten Abfallbehandlungsanlagen einschließlich des Transportes und des Abladens. Das Leistungsverzeichnis enthält eine Vielzahl von Positionen, in welchen das Wegschaffen von Materialien Gegenstand der Leistung ist. Demnach ist das zweckdienliche Verwerten und Entsorgen von Materialien auf vom Auftragnehmer beigestellten Deponien einschließlich des Transportes und des Abladens Leistungsgegenstand der Ausschreibung.

Dem Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach lediglich der Nachweis der rechtmäßigen Sammlung und Behandlung in der Ausschreibung vorgesehen ist, dies jedoch keine eigene, vom Bieter zu erbringende Leistung darstellt, war nach den getroffenen Feststellungen nicht zu folgen. Der Bieter hat nach der bestandfesten Ausschreibung für das zweckdienliche Entsorgen der Materialien zu sorgen und die anfallenden Kosten und Abgaben in seiner Kalkulation zu berücksichtigen. Diese Leistung wird dem Bieter demnach vergütet.

Dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung der Abfallentsorgung und -verwertung nach der bestandfesten Ausschreibung um eine Eventualposition handle (Punkt 2.15 „*erforderlichenfalls* auch das Entsorgen von Materialien auf vom Auftragnehmer beigestellten Deponien“), vermochte nach Ansicht des Senates nichts daran zu ändern, dass die Abfallentsorgung und –verwertung ein Teil der ausgeschriebenen Leistung ist, wofür die Befugnis im offenen Verfahren im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin zieht zum Transport der Materialien/Abfälle die A. Transport GmbH heran. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die A. Transport GmbH (FN ...) werden laut Firmenbuchauszug vom gleichen Geschäftsführer handelsrechtlich vertreten. Im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und im Vergabeakt, insbesondere im Angebotsprüfungsprotokoll betreffend das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, findet sich kein Hinweis auf die in der mündlichen Verhandlung von der Teilnahmeberechtigten namhaft gemachte A. Transport GmbH.

Im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sind keine Subunternehmer genannt.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

§ 76 BVergG 2006 lautet:

Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Rechtliche Würdigung:

I. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe des oben bezeichneten Bauauftrages im Unterschwellenbereich. Gegen die Zuschlagsentscheidung vom 14.03.2016, welche eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 darstellt, richtet sich der am 22.03.2016, und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2014), eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung, welcher den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2014 entspricht. Die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich in Höhe von Euro 9.000,00 wurden nachweislich entrichtet. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien gründet sich auf § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014.

II. Nach den getroffenen Feststellungen umfassen die ausgeschriebenen Leistungen neben den Straßenbauarbeiten auch die rechtmäßige Verwertung anfallender Materialien nach dem österreichischen Abfallrecht.

Nach der bestandfesten Ausschreibung hat die Auftragnehmerin als Abfallbesitzerin für die Verwertung des anfallenden Materials zu sorgen. Eine Vergütung dieser Leistung ist im Leistungsverzeichnis vorgesehen. Ein Handel mit dem anfallenden Material bzw. Abfall soll nicht stattfinden, weshalb die Auftraggeberin sich das Eigentum des Materials vorbehalten hat. Das Material ist nach der Definition der Ausschreibung und zahlreichen Positionen im Leistungsverzeichnis „wegzuschaffen“. Dieses Wegschaffen umfasst nach der Definition in der Ausschreibung (Punkt 2.15) „erforderlichenfalls das Entsorgen

von Materialien auf vom Auftragnehmer beigestellten Deponien bzw. das Behandeln in dazu genehmigten Abfallbehandlungsanlagen einschließlich des Transportes“. Deponien, auf welche das Material zu verbringen ist, sind nach der Rechtsprechung des EuGH in der Ausschreibung von der Auftraggeberin nicht vorzugeben. Die Deponie ist somit von der Auftragnehmerin beizustellen. Der Transport zur Deponie ist nach der Ausschreibung (Punkt 2.15: „...einschließlich des Transportes“) Teil dieser Leistung. Die Deponierung des Abfalls ist zumindest als Eventualposition (Punkt 2.15: „erforderlichenfalls“) als Leistung zu erbringen, womit einhergeht, dass diese Tätigkeit befugnismäßig von der Bieterin oder von einem notwendigen Subunternehmer abgedeckt sein muss.

Abfallbesitzer gemäß § 2 Z 1 lit. b AWG 2002 (Abfallwirtschaftsgesetz) ist der faktische Inhaber des Abfalls. Besitzwillen ist nicht erforderlich (VwGH 18.11.2013, 2010/07/0109). Abfallbesitzer müssen über ein nach der allgemeinen Verkehrsauffassung zu beurteilendes Mindestmaß an tatsächlicher Sachherrschaft verfügen (*Scheichl/Zauner/Berl*, AWG 2002², Kurzkomentar, Manz, Rz 147 ff zu § 2).

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist Abfallbesitzerin, da sie die tatsächliche Sachherrschaft über die zu entsorgenden bzw. verwertenden Materialien hat.

In § 15 AWG 2002 werden als allgemeine Pflichten für Abfallbesitzer insbesondere festgelegt, dass Abfälle außerhalb von genehmigten Anlagen oder für die Sammlung oder Behandlung vorgesehenen Orten nicht gesammelt, gelagert oder behandelt werden dürfen. Eine Ablagerung darf nur in hierfür genehmigten Deponien erfolgen (Abs. 3). Ist der Abfallbesitzer zu einer entsprechenden Behandlung nicht berechtigt oder imstande, hat er die Abfälle einem zur Sammlung oder Behandlung Berechtigten zu übergeben (Abs. 5). Der Abfallbesitzer ist dafür verantwortlich, dass die Abfälle an einen in Bezug auf die Sammlung oder Behandlung der Abfallart berechtigten Abfallsammler oder –behandler übergeben werden und die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung dieser Abfälle explizit aufgetragen wird (Abs. 5a). Wer Abfälle nicht gemäß Abs. 5a übergibt, kann bis zur vollständigen umweltgerechten Verwertung oder Beseitigung dieser Abfälle als Verpflichteter mit Behandlungsauftrag in Anspruch genommen werden (Abs. 5b).

Als Abfallbesitzerin hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin die in § 15 AWG 2002 normierten Pflichten, z.B. Ablagerung auf hierfür genehmigten Deponien, Übergabe der Abfälle an einen zur Sammlung und Behandlung Berechtigten, wenn die Abfallbesitzerin zur Behandlung nicht berechtigt ist, zu beachten. Im konkreten Fall ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin Abfallbesitzerin, jedoch ist sie zu einer Abfallbehandlung nicht berechtigt oder imstande, da sie über keine Befugnis nach § 24a Abs. 1 AWG 2002 verfügt.

Die von der Antragsgegnerin und Teilnahmeberechtigten ins Treffen geführte Ausnahmetatbestände des § 24a Abs. 2 Z 2 und Z 5 AWG 2002 waren gegenständlich nicht relevant, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Material durch ein (verbundenes) Transportunternehmen transportieren lässt, welches im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch nicht genannt ist. Dem Vorbringen der Antragsgegnerin, dass gegenständlich § 32 Abs. 1 Z 13 GewO 1994 (Werkverkehr) anzuwenden sei, oder dass die Voraussetzungen des § 10 Güterbeförderungsgesetz gegenständlich erfüllt seien, und die Befugnis deshalb gegeben sei, war aus dem genannten Grund ebenso nicht zu folgen. Dem Ausnahmetatbestand des § 24a Abs. 2 Z 5 AWG 2002 steht auch entgegen, dass die Teilnahmeberechtigte keinen Handel treibt und Produkte nicht erwerbsmäßig abgibt. Dies wurde von ihr auch nicht behauptet. Darüber hinaus hätten die Ausscheidenstatbestände auch dann, wenn sie zugetroffen hätten, nichts daran zu ändern vermocht, dass gegenständlich die Deponierung eine von der Auftragnehmerin zumindest eventualiter zu erbringende Leistung ist.

Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Abfallbesitzerin zur Abfallbehandlung nicht berechtigt ist, hat sie in Erfüllung des § 15 AWG 2002 die Abfälle einem zur Sammlung oder Behandlung Berechtigten zu übergeben.

Die Ausschreibung sieht vor, dass von der Auftragnehmerin der Nachweis der rechtmäßigen Verwertung des Abfalls geschuldet ist.

Nachdem die Beistellung der Deponie mit der Leistung geschuldet ist und die Teilnahmeberechtigte als Abfallbesitzerin zur Übergabe an einen zur Sammlung oder Behandlung Berechtigten verpflichtet ist, hätte sie mit Angebotsabgabe

einen Subunternehmer für diesen Leistungsteil nennen müssen, was jedoch nicht erfolgt ist. Da die präsuntive Zuschlagsempfängerin demnach für die ausgeschriebene Leistung nicht befugt ist und in ihrem Angebot auch keinen Subunternehmer namhaft gemacht hat, welcher diese Befugnis substituiert, war die angefochtene Zuschlagsentscheidung nichtig zu erklären.

Auf das Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, wonach es sich bei der A. Transport GmbH um ein verbundenes Unternehmen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin handle, war nicht weiter einzugehen, da die Nennung dieses Unternehmens erst im Zuge der durchgeführten mündlichen Verhandlung durch die Teilnahmeberechtigte erfolgt ist und demgemäß bei Angebotsprüfung von der Antragsgegnerin nicht berücksichtigt hat werden können.

III. In der Leistungsgruppe 18 sind „Pflasterarbeiten, Randbegrenzungen“ ausgeschrieben. Die Antragsgegnerin hat dazu im Verfahren vorgebracht, dass diese im Wege des gewerblichen „Nebenrechtes“ von der Befugnis der Auftragnehmerin im Rahmen des sonstigen Rechtes gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 abgedeckt seien. Die Antragsgegnerin zog dabei unter Hinweis auf Rechtsprechung das Leistungsvolumen der Kostenschätzung in Prozent hinsichtlich „Lohnanteil der Kostenschätzung“ heran.

Entscheidend für die Berechnung des geringen Umfanges nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 ist immer die zu erbringende Gesamtleistung, aus der einzelne Teile wie beispielsweise Materialkosten nicht mit Hilfe anderer Nebenrechte herausgerechnet werden können (VwGH 02.10.2012, 2010/04/0018). Das zitierte Judikat ist einschlägig, da auch bei der ausgeschriebenen Leistung die Material- und Lohnkosten zu kalkulieren waren. Es war sohin der Wert für die zu erbringende Gesamtleistung zur Beurteilung des „geringen Umfanges“ iSd § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 heranzuziehen.

Nach der Rechtsprechung gilt zumindest bis zu einem Prozentsatz von 6,43% die Tätigkeit als von § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 umfasst (VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210; 24.02.2010, 2006/04/0148).

Es wurde im Vergabeakt nicht in schlüssig nachvollziehbarer Weise geprüft, ob sich die zu erbringenden Pflastererarbeiten unter Berücksichtigung aller Kosten (nicht nur der Lohnkosten) im Rahmen eines "geringen Umfangs" im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 bewegen.

Ein Subunternehmer wurde im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht genannt. Die Zuschlagsentscheidung war demnach nichtig zu erklären.

IV. Der Leistungsgegenstand der Ausschreibung umfasst Straßenbauarbeiten, für welche die Gewerbeausübung des präsumtiven Zuschlagsempfängers, nämlich „Baumeister gemäß § 99 GewO 1994, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“, als ausreichend angesehen wurde, da sich die im Nichtigerklärungsantrag vorgebrachten planenden und leitenden Tätigkeiten bei Ausführung der Leistung im Nachprüfungsverfahren nicht erwiesen haben.

Unter „Leitung“ sind Maßnahmen zu verstehen, die darauf abzielen, dass ein Bau in seiner Gesamtheit entsprechend den geltenden Vorschriften und in Übereinstimmung mit den Planunterlagen ausgeführt wird. Unter „Ausführung“ ist nur die der Planung und Berechnung folgende Herstellung des Bauwerkes und die Erbringung der damit verbundenen Bauarbeiten zu verstehen (VwGH Slg 10.942A).

Die Baupläne für die Straßenbauarbeiten wurden von der Antragsgegnerin erstellt und sind der Ausschreibung angeschlossen. § 99 GewO 1994 stellt auf Pläne in bautechnischer Hinsicht ab (z.B. Einreichpläne für Bauverfahren). Pläne nicht bautechnischen Inhaltes, wie z.B. Pläne betreffend Zeit, Material, Geräteinsatz, Kosten, sind davon nicht umfasst. Diesen bei Erbringung der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen planerischen Tätigkeiten wohnt kein planerisches Element im Sinn des § 99 GewO 1994 inne.

Die aus dem Bauarbeitenkoordinationsgesetz im Nichtigerklärungsantrag abgeleiteten leitenden Tätigkeiten haben sich ebenso nicht als Bauleitung im Sinn des § 99 GewO 1994 erwiesen, da auch ausführende Baumeister die Bestimmungen dieses dem Arbeitnehmerschutz dienenden Gesetzes zu beachten und anzuwenden haben. Die Ausschreibung legt in Punkt 6 der Ergänzenden

Festlegungen die Anwendung dieses Gesetzes fest und regelt, dass die sich aus den Anordnungen des Baustellenkoordinators ergebenden Aufwendungen nicht gesondert vergütet werden.

Die Koordination der Arbeiten und Rechnungslegung im Zusammenhang mit den im Nichtigerklärungsantrag vorgebrachten Einbautendienststellen wurde in der mündlichen Verhandlung dargestellt und ist auch diesem Prozess keine Bauleitung im Sinn des Vorbehaltsbereiches des Baumeistergewerbes durch die Auftragnehmerin inhärent.

Zusammengefasst war dem Vorbringen im Nichtigerklärungsantrag betreffend die gewerberechtliche Befugnis des präsumtiven Zuschlagsempfängers in Hinblick auf „Baumeister gemäß § 99 GewO 1994, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten“ nach den getroffenen Feststellungen und Erwägungen nicht zu folgen.

V. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014. Da die Antragstellerin (teilweise) obsiegt hat, hat sie Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr in Höhe von Euro 4.500,00 durch die Auftraggeberin.

Gemäß § 15 WVRG 2014 iVm § 1 Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung (WVPVO) waren für das gegenständliche Verfahren (Antrag auf Nichtigerklärung und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) Pauschalgebühren in Höhe von Euro 4.500,00 zu entrichten. Die Antragstellerin hat nachweislich Euro 9.000,00 entrichtet. Daher ist der Antragstellerin vom Verwaltungsgericht Wien die zu viel entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 4.500,00 zurück zu erstatten.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer

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

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Opperl