



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-123/077/12579/2015-9

Wien, 10.12.2015

X.

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der X., vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Facility Management Dienstleistungen (Technisches, Infrastrukturelles und Kaufmännisches Gebäudemanagement inklusive Medizintechnik) für das Sa., Wien", der K., Wien, diese vertreten durch I., Wien, als vergebender Stelle, diese vertreten durch Rechtsanwälte, nach mündlicher Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag der X. vom 02.11.2015 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.10.2015 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Zum Antrag auf Nichtigklärung:

Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag auf Nichtigklärung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 2.11.2015 im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die Antragsgegnerin sei öffentliche Auftraggeberin und führe ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nach dem Billigstbieterprinzip. Leistungsgegenstand seien Facility-Management-Dienstleistungen (Technisches, infrastrukturelles und kaufmännisches Gebäudemanagement inklusive Medizintechnik) für das Sa.. Die Antragstellerin habe einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gestellt, sei zur Angebotslegung geladen worden und habe in der Folge ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 23.10.2015 habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der mitbeteiligten Bietergemeinschaft zu erteilen. Die mitbeteiligte Bietergemeinschaft besteht aus der S. und der C., wobei die zweitgenannte Gesellschaft lediglich den mit rund 20 % des Gesamtauftrages zu veranschlagenden Bereich der Haustechnik und die erstgenannte Gesellschaft alle anderen Tätigkeitsbereiche des im Bereich des Facility-Managements liegenden Gesamtauftrages abdecken soll.

In den Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot seien in der Leistungsbeschreibung auszugsweise folgende Festlegungen getroffen worden:

„4.1.9. Gefahrgutbeauftragter

Zu den Aufgaben des (der) Gefahrgutbeauftragten gemäß Gefahrgutbeförderungsgesetz (GGBG) gehören insbesondere unter anderem die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften für die Beförderung gefährlicher Güter, das Erstellen eines Jahresberichts für die Projektleitung oder gegebenenfalls für die Behörde über die Tätigkeiten in Bezug auf die Beförderung gefährlicher Güter, die Schulung der Arbeitnehmer, ebenso wie die Durchführung geeigneter Sofortmaßnahmen bei etwaigen Unfällen oder Zwischenfällen sowie die Durchführung von Untersuchungen im Unglücksfalle. (...)

4.3.5. Winterdienst

Durchführung und Sicherstellung von Schnee- und Eisglättebekämpfung gemäß den rechtlichen Vorschriften an den dem Objekt zugeordneten Flächen. Alle Pflichten hinsichtlich Schneeräumung, Streuen bei Schnee und Glatteis, Entfernen von Schneewächten und Eisbildungen von Dächern, etc., die zum Beispiel aus der Straßenverkehrsordnung resultieren, werden dem Auftragnehmer übertragen.

Die Leistungen des Auftragnehmers umfassen alle Leistungen, die für den sicheren Zugang zum Gebäude/zur Liegenschaft erforderlich sind und umfassen auch die Innenhöfe und Terrassen. Folgende Leistungen sind unter anderem zu erbringen

Schneeräumung und Streudienst

Erstellen eines Prioritätenplanes nach Raumzonen

Bereitstellen von Räumen Geräten

Detailliertes Protokollieren von Einsätzen"

Für die selbständige Erbringung der Leistungen eines Gefahrgutbeauftragten bzw. eines „Transportberaters einschließlich Gefahrgutberaters“ sei eine einschlägige Gewerbeberechtigung erforderlich (VKS Wien 24.8.2004, VKS-5299/04). Die Antragstellerin verfüge über eine einschlägige Gewerbeberechtigung als „Transportberater einschließlich des selbstständigen Gefahrgutbeauftragten“. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über keine für die Erbringung dieser Leistungen einschlägige Gewerbeberechtigung. Ihr Angebot sei aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

Auch für die im Leistungsgegenstand enthaltenen Leistungen des Winterdienstes sei eine entsprechende Gewerbeberechtigung erforderlich. Die Antragstellerin verfüge über eine entsprechende Gewerbeberechtigung. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über keine Gewerbeberechtigung, die die Leistungen des Winterdienstes abdecke. Ihr Angebot sei daher auch aus diesem Grunde auszuschneiden gewesen.

Mit E-Mail vom 15.10.2015 habe die Antragsgegnerin die Ausschreibung berichtigt. Diese Berichtigung sei bestandsfest geworden. Zumal die Berichtigung verhältnismäßig knapp vor Ablauf der Angebotsfrist für das Letztangebot erfolgt sei, gehe die Antragstellerin davon aus, dass diese seitens der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin nicht mehr berücksichtigt wurde und deren Angebot daher insbesondere in diesem Punkt ausschreibungswidrig sei.

Zur einstweiligen Verfügung:

Die Antragstellerin beantragte in ihrem Nachprüfungsantrag die Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahingehend, dass der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren die Erteilung des Zuschlages untersagt werde. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde ausführlich dahingehend begründet, dass der Antragstellerin durch die Erteilung des Zuschlags ein Schaden drohe, der wesentlich schwerer wiege als das Interesse der Antragsgegnerin, den Zuschlag bereits zu erteilen. Darüber hinaus hätte der Antragsgegnerin die Dauer eines allfälligen Vergabenachprüfungsverfahrens in ihrer Zeitplanung zu berücksichtigen gehabt und auch berücksichtigen können.

Die Antragsgegnerin nahm zum Antrag auf einstweilige Verfügung in ihrem Schriftsatz vom 5.11.2015 Stellung. Sie wies darin insbesondere auf die hohe Dringlichkeit des Vergabeverfahrens hin und beantragte, den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Darüber hinaus stellte sie „hilfsweise“ den Antrag, durch gestraffte Verfahrensführung die Dauer des einstweiligen Rechtsschutzes so kurz wie möglich zu halten.

Das Verwaltungsgericht Wien hat mit Beschluss vom 6.11.2015 Zahl VGW-123/V/077/12580/2015-1, die einstweilige Verfügung antragsgemäß erlassen und der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 9.11.2015:

Mit Schriftsatz vom 9.11.2015 nahm die Antragsgegnerin inhaltlich zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung Stellung. Die Antragsgegnerin führte darin im Wesentlichen Folgendes aus:

Im Zuge der neuerlichen Überprüfung des Vergabeaktes im Rahmen der Erstellung der gegenständlichen Stellungnahme habe sich herausgestellt, dass die Antragstellerin aus folgendem Grund aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre und ihr daher die Antragslegitimation fehle: Die Antragstellerin habe in der ersten Runde der zweiten Stufe ein unvollständiges Angebot abgegeben. Konkret habe die Antragstellerin in ihrem Honorarangebot vom 3.9.2015 (B4) in Teil E (Ermittlung des Dienstleistungsentgelts) für gewisse Leistungen keine Auspreisung vorgenommen (und zwar auf Seite 6 dieses Dokuments betreffend die optionalen Leistungen „Wachdienst“ und „Schädlingsbekämpfung“). Die entsprechenden Passagen des Angebots seien nicht etwa mit „0“ ausgepreist oder durchgestrichen, sondern von der Antragstellerin schlichtweg nicht ausgefüllt worden. Nur der Vollständigkeit halber weise die Antragsgegnerin darauf hin, dass im gegenständlichen Fall keine Situation vorliege, in der die vom EuGH in der Entscheidung „fastweb“ (EuGH vom 4.7.2013, C-100/12) herausgearbeiteten Grundsätze zum Tragen kommen würden. Wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen noch geben werde, sei nämlich das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin völlig zu Recht nicht ausgeschieden worden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über eine Gewerbeberechtigung für die „Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen“. Zum Beweis schloss die Antragsgegnerin in der Beilage ./1 den Gewerberegisterauszug vom 3.11.2015, GISA-Zahl ..., betreffend die S. an. Aus dieser Beilage geht hervor, dass die S. über eine aufrechte Berechtigung für das freie Gewerbe *„Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchst zulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt“* mit dem Standort Wien, ..., verfügt.

Die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter sei durch diese Gewerbeberechtigung abgedeckt.

In der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des Vergabekontrollsenates Wien, VKS-5299/04, sei diese zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Unternehmen, das über eine Gewerbeberechtigung im Bereich der Güterbeförderung verfüge, im Rahmen der Tätigkeit als Güterbeförderer auch die Tätigkeit des

Gefahrgutbeauftragten ausüben dürfe, ohne dass hierfür eine eigene Gewerbeberechtigung erforderlich wäre.

Unabhängig von der zitierten Entscheidung ergebe sich diese logische Folge schon aus dem Gewerberecht, nämlich aus der Regelung des § 32 GewO, die vorsehe, dass gewisse „Nebentätigkeiten“, für die eigentlich eine eigene Gewerbeberechtigung erforderlich wäre, im Rahmen der bestehenden Gewerbeberechtigung mit ausgeübt werden dürften. Konkret ginge es um „geringfügige Nebentätigkeiten“ im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO, da die Beförderung von Gefahrgut eine Nebentätigkeit sei, die im Rahmen der Beförderung von allgemeinen Gütern ab und an anfalle. S. verfüge - wie bereits erwähnt - über eine Gewerbeberechtigung zur Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen, der Transport von Gefahrgütern sei dabei eine „Nebentätigkeit“ zur allgemeinen Güterbeförderung.

Bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Nebentätigkeit gehe die Judikatur von einem geringen Umfang der Nebentätigkeit primär dann aus, wenn die Nebentätigkeit nur einen geringen prozentualen Anteil der Gesamtangebotssumme ausmache (etwa 2,8 % in VwGH 2009/04/025; sogar bei einem Angebotsanteil von 6,43 % könne nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass es kein geringer Umfang mehr sei - VwGH 2006/04/0148). Es komme nach § 32 Abs. 1 Ziffer 1 GewO nicht qualitativ auf die Art der Leistung an, sondern vielmehr quantitativ auf den Umfang. Im gegenständlichen Fall entfalle nach dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf die Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten nur der in diesem Schriftsatz angeführte Eurobetrag. Die Antragsgegnerin legte daraufhin rechnerisch dar, wie sie zu diesem Betrag gelangt. Die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter habe somit einen Anteil von nur 1,06 % an der angebotenen Gesamtauftragssumme. Dies würde sich im Bereich eines geringen Umfanges bewegen.

Der Gefahrguttransport sei eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung zum Gewerbe der Güterbeförderung, da der finanzielle Aufwand zur Beauftragung eines eigenen Gewerbetreibenden aufgrund des geringen Umfangs der

Gefahrguttransporte im konkreten Projekt (und auch ganz allgemein) nicht in einem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis stehen würde.

Gefahrgutbeförderung dürfe sohin jedenfalls als Nebentätigkeit im Sinne des § 32 Abs. 1 Ziffer 1 GewO ausgeübt werden, für die keine eigene Gewerbeberechtigung erforderlich sei, sondern die im Rahmen einer anderen Gewerbeberechtigung mit ausgeführt werden dürfe.

Im Sinne dieser Ausführungen (= keine Notwendigkeit einer eigenen Gewerbeberechtigung für die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter) seien von der vergebenen Stelle auch die Ausschreibungsunterlagen erstellt worden. Auf Seite 6 in Teil A der Teilnahmeantragsunterlagen seien von der vergebenden Stelle jene Bereiche angegeben worden, hinsichtlich derer die Bieter ihre Befugnisse nachweisen mussten (weil für diese Bereiche Gewerbeberechtigung zu nennen gewesen seien). In diesem Zusammenhang seien von der vergebenden Stelle nur die Bereiche „Elektro“ und „HKLS“ zwingend vorgegeben worden, in denen die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch die entsprechenden Befugnisse nachgewiesen hätte. Andere Befugnisse habe die vergebende Stelle von den Bietern - im Sinne der obigen Ausführungen auch völlig zu Recht - nicht verlangt, weshalb die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch völlig rechtskonform gehandelt habe, indem sie bei dem von ihr ausgefüllten Teilnahmeantrag (Seite 6 des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgefüllten Teilnahmeantrages) neben den von der vergebenden Stelle verlangten Nachweisen in den Bereichen Elektro und HKLS auch noch Nachweise über die anderen von ihr angegebenen Befugnisse vorgelegt habe (für die eine Gewerbeberechtigung erforderlich gewesen sei), aber eben nicht betreffend die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter, da für diesen Bereich keine eigene Gewerbeberechtigung erforderlich sei, sondern diese als Nebenrecht zur Güterbeförderung - über die ein entsprechender Nachweis vorgelegt worden sei - ausgeführt werden dürfe.

Der Ausschreibungstext verlange nur, dass ein Gefahrgutbeauftragter im Sinne des § 11 GGBG vorhanden sein müsse. § 11 GGBG sehe vor, dass Unternehmen, die Gefahrgutsbeförderungen vornehmen, *„eine oder mehrere Personen als Sicherheitsberater für die Gefahrgutbeförderung (= Gefahrgutbeauftragte)“*

benennen müssen, die bestimmte Schulungsnachweise vorweisen können. § 11 GGBG verlange gerade nicht, dass für die Übernahme der Aufgabe des Gefahrgutbeauftragten durch einen Mitarbeiter des Unternehmens eine Gewerbeberechtigung erforderlich sei. Ein solches Erfordernis würde auch der Grundstruktur der GewO widersprechen, wonach eine Tätigkeit nur dann gewerbsmäßig ausgeübt werde, wenn sie unter anderem selbständig ausgeübt werde. Im vorliegenden Fall werde die Funktion des Gefahrgutbeauftragten von angestellten Mitarbeitern von S. übernommen. Aufgrund des Vorhandenseins der entsprechenden Schulungen würden diese Mitarbeiter von S. als Gefahrgutbeauftragte agieren dürfen, ohne dass sie hierfür eine eigene Gewerbeberechtigung benötigen würden. Da für die von den Mitarbeitern von S. ausgeübten Tätigkeiten als Gefahrgutbeauftragte gerade keine eigene Gewerbeberechtigung erforderlich sei, habe die vergebende Stelle zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotslegung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch keine Befähigungsnachweise einfordern müssen, sondern genüge es, dass Mitarbeiter von S. tatsächlich über die entsprechenden Schulungen im Sinne des §§ 11 Abs. 4 GGBG verfügen und vor Abgabe des Teilnahmeantrags zum Gefahrgutbeauftragten bestellt worden seien (was im Auftragsfall dem BMVIT gemeldet werden würde).

Zur Frage der Befugnis für Tätigkeiten im Rahmen des Winterdienstes führte die Antragsgegnerin in dieser Stellungnahme aus, es würde einem alten Handelsbrauch entsprechen, dass Unternehmen, die über eine Gewerbeberechtigung für den Gütertransport mit Kraftfahrzeugen verfügen, auch Winterdienste ohne zusätzliche Gewerbeanmeldung ausüben dürfen. Die Antragsgegnerin verwies diesbezüglich auf *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO, 3. Auflage, § 2 Rz 143, und auf eine ihrem Schriftsatz angeschlossene Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich.

Die als Beilage ./5 angeschlossene Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreichs, Fachgruppe Transporteure Wien, Stand 4.9.2015, behandelt unter der Überschrift „*Winterdienst - zusätzliche Berechtigung?*“ Fragen der Abgrenzung, welche Gewerbeberechtigungen jeweils im Zusammenhang mit konkreten Tätigkeiten des Winterdienstes benötigt werden. Die konkret behandelten Tätigkeiten des Winterdienstes sind Schneepflügen mit und ohne

KFZ, (Ab-)Transport von Schnee allgemein, Streudienst (Streuen von privaten und öffentlichen Verkehrswegen) mit oder ohne KFZ, Abtransport von Streugut von und zu Depots, Kehren des Streugutes mit oder ohne KFZ, Abtransport des selbst zusammengekehrten Streugutes durch den „Straßenreiniger“/„Winterdienst“ sowie (Ab-)Transport von Kehrgut allgemein. Die letzten beiden Absätze des genannten Schreibens lauten wörtlich wie folgt:

„Unbestritten war, soweit bekannt, stets, dass Güterbeförderer den Winterdienst ohne zusätzliche Gewerbeanmeldung ausüben dürfen. Es entspricht altem Herkommen, dass Transportunternehmer ihre LKWs im Winter mit Pflügen und Streueinrichtungen ausrüsteten und Aufträge zur Schneeräumung und zum Streuen übernahmen. Auf Grundlage des § 29 GewO 1994 sollte dieses Recht auch nicht strittig gemacht werden dürfen. Ein Vorbehaltsrecht der Güterbeförderung zu diesen Tätigkeiten lässt sich daraus aber nicht ableiten.

Unterstützend dazu auch der § 32 GewO Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden.“

Die Leistungsbeschreibung zum Winterdienst (Ausschreibungstext gemäß Teil D, Punkt 4.3.5) würde folgende Leistungen umfassen: a) Schneeräumen und Streudienst, b) Erstellen eines Prioritätsplanes nach Raumzonen, c) Bereitstellen von Räumgeräten, d) Detailliertes Protokollieren von Einsätzen.

Die im Rahmen des Winterdienstes anfallenden Aufgaben nach a) und c) dürfe S. im Rahmen des oben genannten Handelsbrauchs jedenfalls ohne eigene Gewerbeberechtigung ausführen, Punkt b) und d) würden im Sinne der obigen Ausführungen lediglich zweckentsprechende geringfügige Nebentätigkeiten darstellen und deshalb auch ohne Gewerbeberechtigung unmittelbar von S. ausgeübt werden dürfen.

Nur aus advokatischer Vorsicht werde darüber hinaus daraufhin gewiesen, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens bekannt gegeben habe, dass sie die Firma D. als Subunternehmerin für die Erbringung von Winterdiensten einsetzen werde. Die Firma D. verfüge über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für die Erbringung von Winterdiensten. Der prozentuale Anteil der von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin zu erbringenden Winterdienste an der Gesamtleistung für das ausgeschriebene Facility Management betrage gerade einmal 0,68 % (es folgt eine Berechnung). Es liege somit eine Subunternehmerleistung vor, die

weniger als 5 % der Gesamtauftragssumme ausmache und für die nach den Ausschreibungsunterlagen kein Nachweis der Befugnis der einzelnen Subunternehmer zu erbringen sei, sondern nur die Auflistung der einzelnen Subunternehmer im Zuge der Angebotsabgabe gefordert worden sei, was hier hinsichtlich der Firma D. ausschreibungskonform erfolgt sei.

Die Antragstellerin behaupte weiters, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch deshalb auszuschneiden gewesen wäre, weil sie angeblich die am 15.10.2015 erfolgte Berichtigung der Auslobungsunterlagen in ihrem Angebot nicht mehr berücksichtigt habe und ihr Angebot damit ausschreibungswidrig sei. Dieser Einwand der Antragstellerin sei eine reine Vermutung und tatsächlich völlig aus der Luft gegriffen. Der Vorwurf der Antragstellerin sei vom Verwaltungsgericht bei Einsicht in den Vergabeakt problemlos zu widerlegen.

Nur aus advokatischer Vorsicht werde den unsubstantiierten Einwendungen der Antragstellerin inhaltlich Folgendes entgegengehalten: Bei den am 15.10.2015 den Bietern mitgeteilten Berichtigungen des Ausschreibungstextes handle es sich lediglich um eine Berichtigung der Formulierung des Ausschreibungstextes. Auf die von den Bietern vorgenommene Kalkulation habe die Berichtigung keinerlei Auswirkungen (weshalb auch etwa eine Verlängerung der Angebotsfrist nicht erforderlich gewesen sei!). Im Übrigen habe die Geschäftsführung von S. gegenüber der vergebenden Stelle sogar vor endgültiger Angebotsabgabe per E-Mail ausdrücklich bestätigt, dass sie infolge der Berichtigung des Ausschreibungstextes ihre Kalkulation noch einmal geprüft habe, es aber (in der Folge der bloßen Formulierungsveränderung) nicht erforderlich gewesen sei, die Kalkulation anzupassen, da sich an dieser ohnehin nichts geändert habe. Somit sei auch der von der Antragstellerin behauptete (allerdings nicht begründete) Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Ziffer 7 BVergG - ebenso wenig wie die behaupteten Ausscheidensgründe des § 129 Abs. 1 Ziffer 2 BVergG - nicht erfüllt und sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin daher auch nicht auszuschneiden gewesen.

Aktenvorlage:

Mit gesondertem Schreiben vom 9.11.2015 legte die Antragsgegnerin die Akten des Vergabeverfahrens vor.

Zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 17.11.2015:

Die Antragstellerin replizierte auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 17.11.2015 insbesondere Folgendes:

Zur Frage der Antragslegitimation: Die Antragsgegnerin vermeine, der Antragstellerin würde aufgrund einer Unvollständigkeit des Erstantgebots die Antragslegitimation fehlen. Dies sei nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin habe ihr Erstantgebot zu den für dieses festgelegten Ausschreibungsbedingungen abgegeben. Diese seien seitens der Antragstellerin nicht verändert worden, insbesondere seien auch die Positionen 4.3.5 Sicherheitsdienst (Wachdienst) und 4.3.12 Schädlingsbekämpfung (Teil D der Ausschreibungsunterlagen für das Erstantgebot) nicht gestrichen, sondern unverändert angeboten worden. Auch das Erstantgebot der Antragstellerin sei daher jedenfalls ausschreibungskonform. Dass die Auftraggeberin - entgegen ihrer bisherigen Gestionierung im Vergabeverfahren - nunmehr ableiten wolle, es liege ein ausschreibungswidriges Erstantgebot vor, sei nicht nachvollziehbar. Insbesondere habe die Antragsgegnerin im Rahmen der Verhandlung vom 1.10.2015 selbst festgehalten, dass sie davon ausgehe, dass die Ausschreibungsunterlagen für das Erstantgebot bieterseitig vorbehaltlos berücksichtigt worden seien. Weiters habe die Auftraggeberin in dieser Verhandlung festgehalten, dass die Leistungen betreffend den Sicherheitsdienst (Wachdienst) sowie betreffend die Schädlingsbekämpfung gestrichen würden. Wären diese nicht angeboten gewesen, hätte es einer Streichung gar nicht bedurft. Weiters sei nach ständiger Rechtsprechung vor dem Hintergrund des § 108 Abs. 2 BVergG die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, nur dann gerechtfertigt, wenn er dies klar zum Ausdruck bringe (VwGH am 20.3.2007, 2007/04/0007). Im Zweifel sei demnach nicht vom Vorliegen eines ausschreibungswidrigen Angebotes auszugehen. Dass die Antragstellerin in diesem Sinne klar zum Ausdruck gebracht hätte, sie wolle die ausgeschriebenen

Leistungen betreffend den Sicherheitsdienst (Wachdienst) bzw. die Schädlingsbekämpfung nicht anbieten oder nicht erbringen, könne dem Erstantwort jedenfals nicht entnommen werden. Auch aus diesem Grund sei (selbst wenn Zweifel bestehen sollten) jedenfals von der Ausschreibungskonformität des Erstantwortes auszugehen (BVwG 13.3.2015, W139 2016462-2/28E). Ein Ausscheidensgrund in Bezug auf das Erstantwort der Antragstellerin könne derzeit aber auch deswegen nicht vorliegen, weil der Antragstellerin der nachträglich behauptete Ausscheidensgrund im Rahmen der Angebotsprüfung nicht entsprechend vorgehalten und keine entsprechende Möglichkeit zur Stellungnahme bezüglich Aufklärung eingeräumt worden sei (BVwG 13.3.2015, W133 2016462-2/28E). Eine derartige Prüfung, bei welcher der Antragstellerin die Gelegenheit hätte gegeben werden müssen, hierzu im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens Stellung zu nehmen, sei nicht erfolgt. Dies habe auch die Auftraggeberin bestätigt, indem sie darauf verwiesen habe, dass sich der vermeintliche Ausscheidensgrund erst im Rahmen der Erstellung ihrer Stellungnahme vom 9.11.2015 herausgestellt habe. Dementsprechend sei auch die Angebotsprüfung insofern nicht abgeschlossen und nicht nachvollziehbar dokumentiert. Auch sei es nicht Aufgabe des Gerichts, die Angebotsprüfung diesbezüglich anstatt der Antragsgegnerin nachzuholen. Selbst wenn das Erstantwort der Antragstellerin aus welchen Gründen auch immer ausschreibungswidrig sein sollte (was freilich bestritten bleibe), käme ihr im Hinblick auf EuGH 4.7.2013, C-100/12 (Fastweb), dennoch Antragslegitimation zu.

Zur Frage der Befugnis als Gefahrgutbeauftragter führte die Antragstellerin aus, das GGBG beziehe sich nicht nur auf die Gefahrgutbeförderung auf der Straße mit Kraftfahrzeugen bis zu einem zulässigen Gesamtgewicht von 3,5 t. Auch die Beförderung mit anderen Fahrzeugen sei erfasst, ebenso die Beförderung mit Eisenbahnen, auf Wasserstraßen, im Seeverkehr oder im Rahmen der Zivilluftfahrt (siehe § 1 GGBG). Auch der gegenständlich ausgeschriebene Leistungsumfang sehe in Bezug auf den Gefahrgutbeauftragten keine Einschränkung auf die Gefahrgutbeförderung mit Kfz bis 3,5 t vor. Im Gegenteil – nach Teil D 4.1.9. habe der Auftragnehmer die Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten umfassend wahrzunehmen. Beispielsweise würden in einem Krankenhaus wie dem Sa. auch biologische Stoffe der Kategorie B

(ansteckungsgefährliche Stoffe) anfallen, die auch per Luftfracht versendet würden. Das Sa. verfüge insbesondere über ein Labor, von wo aus regelmäßig Proben der Kategorie B in den EU-Raum - auch per Luftfracht - versendet würden. Aber auch Beförderungen mit Fahrzeugen über 3,5 t oder auf sonstigem Wege wären denkbar. Aus diesem Grund sei es erforderlich, als Auftragnehmer den Anforderungen des Gefahrgutbeauftragten gemäß Leistungsbeschreibung vollumfänglich entsprechen zu können. Hierfür sei aber weder der Gewerbeumfang der präsumentiven Zuschlagsempfängerin noch der von der Antragsgegnerin vorgelegte Schulungsnachweis eines Mitarbeiters der präsumentiven Zuschlagsempfängerin hinreichend.

Bei der Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten handle es sich um ein eigenes Gewerbe, das dementsprechend einer eigenen Gewerbeberechtigung bedürfe und jedenfalls nicht unmittelbar Teil einer Gewerbeberechtigung für die Güterbeförderung sei. Zum Beweis schloss die Antragstellerin einen Auszug aus der bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe des BMWFW an. In dieser ist der Wortlaut „Gefahrgutbeauftragter“ als freies Gewerbe angeführt.

Aber auch aus gewerberechtlichen Nebenrechten könne gegenständlich - entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin - keine hinreichende Befugnis der präsumentiven Zuschlagsempfängerin abgeleitet werden. Die im Rahmen eines Nebenrechts gemäß § 32 Abs. 1 Ziffer 1 Gewerbeordnung erbrachte Leistung dürfe nur im Zusammenhang mit der eigenen Hauptleistung erbracht werden, nicht jedoch selbst Hauptleistung sein (Grabler/Stolzlechner/Wendel, Gewerbeordnung, § 32, Rz. 3 ff). Genau dies sei aber der Fall, wenn die präsumentive Zuschlagsempfängerin die Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten in Bezug auf Beförderungen wahrnehme, die sie nicht im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung für Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen bis 3,5 t selbst vornehme. In diesem Fall sei die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter jedenfalls Hauptleistung und nicht bloß Ergänzung der eigenen Güterbeförderungsleistung. Dies sei im Rahmen der gewerberechtlichen Rechte (unabhängig vom Umfang) jedenfalls nicht zulässig.

Gemäß Teil D. 4.1.9. ist der Leistungsteil des Gefahrgutbeauftragten aber jedenfalls nicht auf selbst ausgeführte Beförderungen eingeschränkt.

Weiters könne sich das von der Antragsgegnerin behauptete Nebenrecht zur Erbringung von Leistungen als Gefahrgutbeauftragter (wenn überhaupt) nur auf Beförderungen mit Kfz bis 3,5 t beziehen. Jedenfalls sei nicht ersichtlich, inwiefern darüber hinausgehende Leistungen als Gefahrgutbeauftragter eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung der Gewerbeberechtigung der präsumentiven Zuschlagsempfängerin darstellen sollten. Die ausgeschriebenen Leistungen seien aber jedenfalls nicht in diesem Sinne eingeschränkt und würden darüber hinausgehen. Die Gewerbeberechtigung für die Güterbeförderung mit Kfz bis 3,5 t decke daher die in Bezug auf den Gefahrgutbeauftragten ausgeschriebenen Leistungen jedenfalls nicht ab.

Zum Schulungsnachweis sei hervorzuheben, dass der vorgelegte Schulungsnachweis nicht in vollem Umfang zur Erfüllung der Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten im Sinne des Teil D. 4.1.9. berechtigen würde. Dieser sei eingeschränkt auf den Straßenverkehr. Die sonstigen Beförderungsarten des § 1 GGBG (etwa Schienenfahrzeuge oder Schiffe) seien nicht erfasst. Diesbezüglich seien gemäß § 11 Abs. 4 GGBG für die betreffenden Verkehrsträger jedenfalls spezielle Schulungsnachweis erforderlich - dies vor allem auch für die gegenständlich insbesondere relevante Beförderung im Rahmen der Zivilluftfahrt (vgl. § 33 GGBG in Verbindung mit § 2 Ziffer 5 GGBG und den dort verwiesenen Vorschriften).

Soweit sich die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang auf die vorgelegte Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich bzw. auf einen Handelsbrauch berufe, sei festzuhalten, dass in dieser Stellungnahme lediglich darauf verwiesen werde, dass es altem Herkommen entsprechen würde, dass Transportunternehmer ihre LKWs im Winter mit Pflügen und Streueinrichtungen ausrüsten und Aufträge zur Schneeräumung und zum Streuen übernehmen würden. Auf Kfz bis 3,5 t könne dies jedenfalls nicht ohne weiteres übertragen werden.

In der Leistungsbeschreibung sei insbesondere auch auf die Schneeräumung von Innenhöfen und Terrassen sowie auf das Entfernen von Schneewächten und Eisbildungen von Dächern verwiesen. Dass diese Leistungen von einer

Gewerbeberechtigung für die Güterbeförderung umfasst sein sollen, erscheine jedenfalls nicht nachvollziehbar.

Soweit die Antragsgegnerin auf einen von der präsumtiven Zuschlagempfängerin namhaft gemachten Subunternehmer verweise, sei festzuhalten, dass dies von vornherein nur dann berücksichtigt werden könne, wenn dieser bereits im Angebot zum Nachweis der Befugnis sowie für den Leistungsteil Winterdienst namhaft gemacht worden sein sollte. Das gelte auch für das Erstante, da auch dort bereits Winterdienstleistungen vorgesehen seien. Zumal davon auszugehen sei, dass die präsumtive Zuschlagempfängerin die erforderliche Befugnis für den Winterdienst selbst nicht aufweise, seien solche Subunternehmer auch als notwendig zum Nachweis der Befugnis der präsumtiven Zuschlagempfängerin anzusehen. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei die Antragsgegnerin daher jedenfalls verhalten gewesen, im Rahmen der Prüfung der Befugnis der präsumtiven Zuschlagempfängerin auch die Befugnis eines allenfalls namhaft gemachten notwendigen Subunternehmers zu prüfen. Gegenteiliges ergebe sich auch aus den Ausschreibungsbestimmungen nicht. Soweit dies nicht erfolgt bzw. nicht entsprechend im Vergabeakt dokumentiert sein sollte, wäre insoweit auch die Angebotsprüfung mangelhaft und die angefochtene Zuschlagsscheidung aus diesem Grund rechtswidrig.

Soweit die präsumtive Zuschlagempfängerin das Summenblatt nicht in der berechtigten Form abgegeben haben sollte, würde jedenfalls eine Ausschreibungswidrigkeit bzw. ein unbehebbarer Mangel vorliegen. Daran würden auch allfällige Erklärungen der präsumtiven Zuschlagempfängerin vor Angebotsabgabe nichts ändern.

Zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 26.11.2015:

Die Antragsgegnerin übermittelte am 26.11.2015 eine Replik zur letzten Stellungnahme der Antragstellerin, in der sie im Wesentlichen Folgendes vorbrachte:

Zur Frage der fehlenden Antragslegitimation replizierte die Antragsgegnerin, die Ausführungen der Antragstellerin, nach denen ihr Angebot nicht auszuschneiden

gewesen wäre, seien unrichtig. Tatsache sei, dass das Honorarangebot der Antragstellerin vom 3.9.2015 (Teil E, Seite 5 in B4) unter den Positionen „Sicherheitsdienst (Wachdienst)“ und „Schädlingsbekämpfung“ keinen Preis enthalte und das Angebot damit unvollständig sei. Es sei irrelevant, dass im Zuge einer - weit nach Abgabe des Honorarangebotes - stattgefundenen Verhandlung am 1.10.2015 von der Auftraggeberin mitgeteilt worden sei, dass die Leistungen „Sicherheitsdienst (Wachdienst)“ und „Schädlingsbekämpfung“ ohnehin gestrichen würden. Dieser nachträglich bekannt gegebene Umstand ändere nämlich nichts daran, dass das ursprünglich abgegebene Angebot mangels Auspreisung von zwei Positionen an einer klassischen Unvollständigkeit im Sinne des § 129 Abs. 1 Ziffer 7 BVergG leide. Es entspreche nämlich gerade dem Wesen des hier anzuwendenden Verhandlungsverfahrens, dass bestimmte Leistungsteile im Zuge der Verhandlungen noch verändert würden. Das ändere aber nichts daran, dass das ursprünglich abgegebene Angebot vollständig sein müsse, was hier nicht der Fall gewesen sei, weshalb das Angebot auszuschneiden gewesen wäre.

Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang die Entscheidung BVwG W139 2016462-2/28E vom 13.3.2005 zitiere und meine, dass ihr die Möglichkeit eingeräumt hätte werden müssen, die Unvollständigkeit ihres Angebotes aufklären zu können, so verkennen sie, dass die Ausgangssituation in der zitierten Entscheidung eine völlig andere gewesen sei als im gegenständlichen Fall. In der zitierten Entscheidung ginge es nämlich nicht um ein ursprünglich unvollständiges Angebot, sondern um eine vertiefte Angebotsprüfung infolge einer unablässigen Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinne des § 129 Abs. 1 Ziffer 3 BVergG. Im gegenständlichen Fall sei allerdings keine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Raum gestanden, sondern sei das Angebot der Antragstellerin schlichtweg unvollständig und damit ohne weiteren Verbesserungsversuch auszuschneiden gewesen. Die von der Antragstellerin (unter Verweis auf die hier nicht einschlägige Judikatur) verlangte „Möglichkeit zur Stellungnahme“ bzw. „zur Aufklärung“ würde zu einer vergaberechtlich verbotenen materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin führen (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Konkret würde die Antragstellerin dann mehr Zeit haben, ihr Angebot in den beiden fehlenden Positionen zu kalkulieren und gegebenenfalls auch im Rahmen der

Verhandlungen an bereits vorliegende Angebote anzupassen. So sei bereits durch die EuGH-Rechtsprechung (28.11.2002, RES T-40/01 „Scan Office Design“) klargestellt, dass der Auftraggeber dafür Sorge tragen müsse, dass der Bieter jene Bedingungen, die in der Ausschreibung als zwingend eingestuft werden (hier: Die Auspreisung der optionalen Positionen Wachdienst und Schädlingsbekämpfung), eingehalten habe.

Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang weiters kryptisch meine, dass die Auftraggeberin festgehalten habe, dass der Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen vorbehaltlos berücksichtigt habe und damit anzudeuten versuche, dass die Auftraggeberin gegenüber der Antragstellerin bestätigt haben, dass ihr Erstangebot ausschreibungskonform sei, so entspreche auch dieser Umstand nicht den Tatsachen. Genau das Gegenteil sei der Fall. In der Verhandlung mit der Antragstellerin am 1.10.2015 habe die Auftraggeberin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Honorarangebot noch nicht abschließend geprüft sei, und habe die Antragstellerin daraufhin ausdrücklich auf Nachteile und Schäden verzichtet, die ihr zum Beispiel durch ein nachfolgendes Ausscheiden entstehen könnten. Es sei auch nochmals festgehalten worden, dass die Bieter verhalten gewesen seien, die Ausschreibungsunterlagen für das Erstangebot vorbehaltlos zu berücksichtigen. Warum die Antragstellerin aus dieser Passage ableite, dass ihr Angebot dadurch endgültig als ausschreibungskonform gewertet werde, erschließe sich der Auftraggeberin nicht. Die Auftraggeberin habe sich in der Verhandlung am 1.10.2015 lediglich von der Antragstellerin bestätigen lassen, dass ihr Angebot der Ausschreibung entsprochen habe. Eine umgekehrte Bestätigung der Ausschreibungskonformität des Angebots durch die Auftraggeberin gegenüber der Antragstellerin lasse sich daraus allerdings keineswegs ableiten.

Zur Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten replizierte die Antragsgegnerin, entgegen der Ansicht der Antragstellerin verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die erforderliche Befugnis, die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragte ausschreibungsgemäß auszuüben.

Vorab sei dazu festzuhalten, dass gefahrgutrelevante Transporte (hier gehe es zum Großteil um Blut- und Harnproben) jedenfalls nur innerhalb von Wien, in

einem Großteil der Fälle überhaupt zwischen den (in den Ausschreibungsunterlagen angeführten) drei Standorten der Auftraggeberin anfallen würden. Es handle sich dabei das Sa. (Wien, ...), das Z. Si. (Wien, ...) und das Z. F. (Wien, ...). Dieser Umstand sei der Antragstellerin als bisheriger Vertragspartnerin bestens bekannt. Es munde daher schon aus diesem Grund etwas verwunderlich an, dass die Antragstellerin für Transporte zwischen diesen Standorten bzw. allenfalls zu anderen, in Wien gelegenen Labors Flugzeug, Schiff oder Eisenbahn einsetzen wolle. Richtigerweise gehe es ausschließlich um Kleintransporte innerhalb von Wien per PKW oder Klein-Lkw (bis zu 3,5 t) auf der Straße.

Es würden also schon grundlegend nur zwei unterschiedliche Aufgabenbereiche des Gefahrgutbeauftragten infrage kommen. Dies seien einerseits vom Auftragnehmer selbst durchgeführte Gefahrguttransporte mit PKW oder Lkw unter 3,5 t, vorwiegend zwischen den oben genannten Standorten der Auftraggeberin bzw. allenfalls zu in Wien gelegenen Labors. Andererseits sei dies die Koordination der Handhabung von Gefahrgut innerhalb der einzelnen Standorte durch den Gefahrgutbeauftragten (davon umfasst wäre unter anderem die Vorbereitung des Gefahrgutes zur Übergabe an allfällige Drittunternehmen, die Gefahrguttransporte vornehmen).

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge für beide Aufgabenbereiche über die erforderliche Befugnis. Punkt 4.1.9 des Ausschreibungstextes verweise hinsichtlich der Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten auf das GGBG. Aus der im Ausstellungstext enthaltenen Formulierung „zu den Aufgaben des (der) Gefahrgutbeauftragten gemäß GGBG gehören insbesondere ...“ ergebe sich eindeutig, dass der Gefahrgutbeauftragte bei dem gegenständlichen Auftrag höchstens für jene Bereiche eingesetzt werde, für die nach dem GGBG ein Gefahrgutbeauftragter erforderlich sei.

Obwohl die Antragstellerin dies nicht der einmal behauptete, sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass aufgrund der geographischen Lage der einzelnen Standorte des Sa. von dem mit den Aufgaben des Facility Managements betrauten Unternehmen selbst freilich auch keine Gefahrguttransporte per Eisenbahn und auf Wasserstraßen durchgeführt würden,

und dass daher auch nicht erforderlich sei, dass ein Bieter diesbezüglich über die entsprechende Befugnis verfüge. Ausschreibungsunterlagen seien nämlich nach ständiger Rechtsprechung nach den Grundsätzen der §§ 914 und 915 ABGB auszulegen. Es sei daher nicht auf ihren reinen Wortlaut, sondern vor allem auf die dem Erklärungsempfänger (= Bieter) erkennbare Absicht des Erklärenden (Auftraggeber) abzustellen. Der Bedeutungsinhalt von Ausschreibungstexten richte sich also primär danach, wie er von einem objektiven Erklärungsempfänger unter Berücksichtigung aller Umstände verstanden werden musste. Im gegenständlichen Fall liege es auf der Hand, dass sich der nach dem Ausschreibungstext geforderte Gefahrgutbeauftragte hinsichtlich selbst ausgeführter Transporte lediglich auf die Beförderung von Gefahrgut auf Straßen beziehe. Alle anderen Transportformen wären bei Transporten zwischen den Standorten des Sa. aufgrund der geographischen Lage im ..., ... und ... Wiener Gemeindebezirk bzw. bei Transporten von Gefahrgut zu anderen Labors in Wien völlig absurd, weil hier weder ein Anschluss an das Bahnnetz, noch eine Verbindung durch ein Binnengewässer gegeben sei.

Wenn die Antragstellerin weiters meine, dass die präsuntive Zuschlagempfängerin die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragte nicht als Nebentätigkeit der Güterbeförderung im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO ausführen dürfe, so gehe auch dieses Argument ins Leere: Bei der Beurteilung, ob eine Leistung in geringem Umfang erbracht werde, stelle der VwGH darauf ab, ob die betreffende Leistung einen geringen (prozentualen) Anteil des Gesamtangebotes ausmachen (siehe etwa VwGH 10 12.2009, 2009/04/2050). Es sei also hier unerheblich, dass der Gefahrguttransport nach den Behauptungen der Antragstellerin angeblich zur Hauptleistung werde, da er trotzdem nur einen sehr geringen prozentualen Anteil an der Gesamtleistung ausmachen würde. Tatsächlich würde der Gefahrguttransport aber auch gar nicht zur Hauptleistung der präsuntiven Zuschlagempfängerin beim Sa. im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung zum Gütertransport, da sie diese Gewerbeberechtigung auch in anderen Bereichen laut Ausschreibungsunterlagen einsetzen würde. So sei etwa in Punkt 4.3.7. der Leistungsbeschreibung eine eigenständige Leistung für die Erbringung von Fahr- und Botendiensten vorgesehen, weiters würden Güterbeförderungsleistungen auch im Bereich der Entsorgung nach Punkt 4.3.8. der Leistungsbeschreibung zur Anwendung kommen.

Im Übrigen sei die zitierte Judikatur im gegenständlichen Fall aber ohnedies nur zweitrangig, da in erster Linie auf die Entscheidung VKS-5299/04 des Vergabekontrollsenates Wien zu verweisen sei, der ganz allgemein (und unabhängig von der Nebenleistungsjudikatur des § 32 GewO) ausgesprochen habe, dass ein Güterbeförderer im Rahmen dieser Gewerbeberechtigung auch zur Vornahme von Gefahrguttransporten berechtigt sei.

Zu den Winterdiensten hielt die Antragsgegnerin der Antragstellerin entgegen, entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung zur Güterbeförderung sehr wohl selbst zur Erbringung von Winterdiensten befugt.

In der (von der Antragstellerin nur unvollständig vorgelegten) Liste über die freien Gewerbe seien auch folgende Gewerbe aufgelistet: „*Schneeräumung, Betreuung und Reinigung von Verkehrsflächen (Sommer- und Winterdienst)*“. Die Entfernung von Schnee insbesondere von Terrassen und nicht straßenseitig gelegenen Dächern (die regelmäßig mithilfe von Schaufeln erfolge), auf welche die Antragstellerin auf Seite 10 ihrer Stellungnahme verweise, und die angeblich nicht im Rahmen der Gewerbeberechtigung für den Gütertransport erbracht werden dürfe, sei evidentermaßen keine Schneeräumung von Verkehrsflächen, weshalb hierfür jedenfalls auch keine eigene Gewerbeberechtigung erforderlich sei. Es handele sich hierbei um eine Art der Schneeräumung, die von jedermann ohne spezielle Befugnis ausgeführt werden dürfe (also etwa von jedem Hauseigentümer). Für die Räumung von Verkehrsflächen (worunter jedenfalls auch das Entfernen des zuvor von den straßenseitig gelegenen Dächern herabgeschaukelten Schnees falle) sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedenfalls im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung für den Güterbeförderung befugt.

Wenn die Antragstellerin weiters meine, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht auf die Befugnis für die Erbringung von Winterdiensten der D. berufen könne, wenn sie diese in ihrem Erstangebot nicht angeführt bzw. keine entsprechenden Befugnisse vorgelegt habe, so sei auch dies unrichtig und Folgendes entgegenzuhalten: In Punkt 2.8 in Teil C der

Teilnahmeantragsunterlagen sei zunächst nur verlangt worden, dass der Auftraggeberin die Subunternehmer für die Bereiche HKLS und Elektrotechnik (unter Nachweis der Befähigung dieser Subunternehmer) bekannt zu geben seien, deren Leistungsteil mehr als 5 % betrage. Diese Voraussetzung sei von der präsumtiven Zuschlagempfängerin bereits im Teilnahmeantrag erfüllt worden. Zu diesem Zeitpunkt sei es laut den Ausschreibungsunterlagen nicht erforderlich gewesen, dass die Bieter sämtliche Subunternehmer (also auch jene mit Leistungsteilen unter 5 %) angeben bzw. auch die Nachweise der Befugnis vorlegen würden. Diese Vorgehensweise entspreche auch der gesetzlichen Regelung in § 83 BVergG. Mit dem Qualitätsangebot vom 3.9.2015 (also bei erster Gelegenheit in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens) habe die präsumtive Zuschlagempfängerin dann sämtliche Subunternehmer angegeben, die für Leistungsteile mit weniger als 5 % der Auftragssumme betraut werden sollen, unter anderem sei in dieser Auflistung auch die Firma D. angeführt gewesen. Diese - noch nicht mit dem Teilnahmeantrag - vorgenommene Bekanntgabe der Subunternehmer mit Leistungsteilen von weniger als 5 % im Qualitätsangebot entspreche sowohl den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen als auch der gesetzlichen Regelung des § 83 BVergG. Da die - korrekt als Subunternehmerin benannte - Firma D. die Befugnis zur Erbringung von Winterdiensten habe, verfüge die präsumtive Zuschlagempfängerin auch in diesem Punkt jedenfalls über die erforderliche Befugnis.

Zum Thema Ausschreibungswidrigkeit führte die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz aus, selbst wenn die von der Antragstellerin getätigte Behauptung, die präsumtive Zuschlagempfängerin habe in ihrem Letztangebotes das Preisblatt nicht an die Berichtigung des Ausschreibungstextes angepasst, zutreffen sollte, so wäre dies völlig irrelevant und jedenfalls kein Ausscheidensgrund. Es sei an dieser Stelle erneut darauf hingewiesen, dass die am 15.10.2015 vorgenommene Berichtigung des Ausschreibungstextes lediglich die Formulierung betroffen und auf die Kalkulation der Bieter keinerlei Auswirkungen gehabt habe. Aus diesem Grund sei es auch nicht erforderlich gewesen, dass die präsumtive Zuschlagempfängerin das Preisblatt in berichtigter Form abgab, wie dies die Antragstellerin verlange. Der Ausscheidensgrund der Ausschreibungswidrigkeit liege nämlich nach der Judikatur nur dann vor, wenn die Willenserklärung des Bieters (= das Angebot) auf etwas anderes gerichtet sei, als vom Auftraggeber in

der Ausschreibung gewünscht werde. Im gegenständlichen Fall sei dies evidentermaßen nicht der Fall, da die bloße Berichtigung des Ausschreibungstextes keine Auswirkungen auf die Kalkulationsbasis der Bieter (und damit auf die wesentliche Angebotsgrundlage) gehabt hätte und das Angebot der präsumtiven Zuschlagempfängerin somit (trotz eines allfälligen nicht berichtigten Summenblattes) nicht auf etwas anderes gerichtet sein könne, als in der Ausschreibung gewünscht sei.

Zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 9.12.2015:

Die Antragstellerin brachte am 9.12.2015 eine Replik auf die letzte Stellungnahme der Antragsgegnerin ein. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Inhalt:

Zur Frage der Antragslegitimation führte sie aus, der Frage, ob das Erstangebot der Antragstellerin ausschreibungskonform sei, würde ohnedies keine Entscheidungsrelevanz zukommen. Es sei nicht Aufgabe der Nachprüfungsinstanz, die Angebotsprüfung anstatt der Auftraggeberin nachzuholen bzw. zu ergänzen und einen von dieser nicht aufgegriffenen (vermeintlichen) Ausscheidensgrund zu prüfen. Von der Nachprüfungsinstanz zu prüfen sei vielmehr die Antragslegitimation. Diese sei bereits deswegen gegeben, weil offenkundig lediglich zwei Bieter im Verfahren verblieben seien und ein Bieter in einer solchen Konstellation jedenfalls legitimiert sei, die Überprüfung des Angebotes des erfolgreichen Bieters zu verlangen (EuGH 4.7.2013, Rs C-100/12, „fastweb“, VGW Wien 5.3.2015, VGW-123/061/33675/2014).

Unabhängig davon sei das Erstangebot der Antragstellerin aber ohnedies als ausschreibungskonform anzusehen. Im Folgenden legte die Antragstellerin unter Angabe von Beweismitteln (insbesondere dem Vergabeakt und den von der Antragstellerin namhaft gemachten Zeugen) dar, dass die hinsichtlich der Frage der Antragslegitimation gegenständlichen Leistungen des Sicherheitsdienstes und der Schädlingsbekämpfung mit keinem nennenswerten Mehraufwand für die Antragstellerin verbunden gewesen seien.

Zur Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten hielt sie der Antragsgegnerin entgegen, einen Gefahrgutbeauftragten habe nicht nur ein Beförderungsunternehmen zu bestellen, sondern auch jedes sonstige Unternehmen, das eine der in § 11 GGBG genannte Tätigkeit im Zusammenhang mit Gefahrgut ausführe. Dazu würde auch die Auftraggeberin zählen.

Der Gefahrgutbeauftragte habe die Aufgaben, die in den in § 2 GGBG genannten Vorschriften angeführt würden, zu erfüllen, so z.B. die in Punkt 1.8.3.3 ADR beschriebenen Aufgaben (beispielhaft Auszug):

- Überwachung der Einhaltung der Vorschriften für die Beförderung gefährlicher Güter
- Beratung des Unternehmens bei den Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Beförderung gefährlicher Güter
- Erstellung eines Jahresberichts für die Unternehmensleitung oder gegebenenfalls für eine örtliche Behörde
- Schulung der Arbeitnehmer
- Sofortmaßnahmen bei etwaigen Unfällen oder Zwischenfällen
- Durchführung von Untersuchungen über Unfälle oder Zwischenfälle

Dies entspreche im Wesentlichen auch dem Leistungsbild des Punktes 4.1.9 (Teil D). Durch eine Gewerbeberechtigung für die Güterbeförderung mit Fahrzeugen bis 3,5 t werde die gewerbsmäßige Ausübung dieser Tätigkeiten jedenfalls nicht abgedeckt.

Das Vorbringen der Auftraggeberin, dass Gefahrguttransporte nur innerhalb Wiens bzw. zwischen den Standorten der Auftraggeberin erfolgen würden, treffe nicht zu und sei im Übrigen auch der Leistungsbeschreibung nicht zu entnehmen.

Im Sa. würde eine Vielzahl an Gefahrgütern zum Transport anfallen, wie zum Beispiel:

- UN 3291 - klinische Abfälle unspezifiziert, n.a.g.
- UN 3249 - Zytostatikaabfälle
- diverse chemische Abfälle

- UN 3373 - Biologische Stoffe, Kategorie B
- medizinische Gase

Diese Gefahrgüter würden nicht mit eigenen Fahrzeugen der Auftraggeberin und nur zu einem geringen Teil mit Fahrzeugen des Auftragnehmers transportiert. Die meisten und mengenmäßig überwiegenden Transporte würden vielmehr durch externe Dritte erfolgen (z.B. durch Entsorgungsunternehmen, Beförderungsunternehmen etc.).

Weiters sei anzumerken, dass diese Transporte nicht innerhalb Wiens bzw. zwischen den drei Standorten der Auftraggeberin anfallen würden. Abfälle würden von den Entsorgungsunternehmen zu den jeweiligen Behandlungsanlagen transportiert, Biologische Stoffe (Kategorie B) würden sogar international bis nach Dänemark verschickt.

Zumal es sich beim Beförderer zumeist um einen externen Dritten handle, sei auch nicht nachvollziehbar, warum die Transporte zwangsläufig mit Fahrzeugen bis 3,5 t erfolgen sollten. Dies treffe nicht zu. Auch würden die Ausschreibungsbestimmungen keine - weder ausdrückliche noch nach ihrem objektiven Erklärungswert erkennbare - Einschränkung enthalten, dass die Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten nur in Bezug auf Transporte mit Fahrzeugen bis 3,5 t wahrzunehmen wären.

Der Leistungsteil „Gefahrgutbeauftragter“ stehe dementsprechend in keinem Zusammenhang zu Güterbeförderungen mit Kraftfahrzeugen bis 3,5 t durch den Auftragnehmer selbst. Derartige vom Auftragnehmer durchzuführende Gefahrguttransporte seien insbesondere auch in der Position 4.1.9 (Teil D) nicht erwähnt.

Die Erbringung der Leistungen als Gefahrgutbeauftragter könne daher gegenständlich jedenfalls nicht als Nebenleistung eines Güterbeförderers angesehen werden, die dieser im Rahmen seiner Beförderungsleistung (als Hauptleistung) zu erbringen hätte.

Vielmehr seien die Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten selbst als Hauptleistung zu erbringen. Dies könne nicht Gegenstand gewerberechtl. Nebenrechten sein.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Gewerbeberechtigung für Gütertransporte mit Fahrzeugen bis 3,5 t für die externe Betreuung als Gefahrgutbeauftragter nicht ausreichend sei und hierfür eine separate Gewerbeberechtigung erforderlich sei, insbesondere da

- die Aufgaben des Gefahrgutbeauftragten über die Durchführung eines Gefahrguttransportes hinausgingen
- die Gefahrgüter nicht ausschließlich selbst, sondern durch verschiedene externe Unternehmen transportiert würden.

Zum Winterdienst replizierte sie, soweit die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 26.11.2015 darauf verweise, dass für eine Schneeräumung in Bezug auf Terrassen bzw. nicht straßenseitig gelegenen Dächern überhaupt keine Gewerbeberechtigung erforderlich wäre, weil dies von jedermann ohne spezifische Befugnis ausgeführt werden dürfe (etwa von jedem Hauseigentümer), sei dies nicht nachvollziehbar.

Wenn ein Hauseigentümer diese Flächen selbst räume, unterliege dies naturgemäß nicht der Gewerbeordnung, zumal keine gewerbsmäßige Ausübung vorliege.

Wenn aber - wie gegenständlich - ein Unternehmer diese Leistungen gewerbsmäßig ausübe (also selbständig, regelmäßig und in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen) und für einen Dritten erbringe, unterliege dieser selbstverständlich der Gewerbeordnung. Eine diesbezügliche Ausnahme sei insbesondere auch im § 2 GewO nicht vorgesehen.

Da die präsumtive Zuschlagempfängerin selbst nicht über eine hinreichende Befugnis für den Winterdienst verfüge, sei ein diesbezüglicher Subunternehmer als ein zur Substitution der Befugnis notwendiger Subunternehmer anzusehen und daher jedenfalls umgehend bekanntzugeben.

Daran ändere auch die von der Auftraggeberin genannte Ausschreibungsbestimmung nichts. Diese verweise lediglich darauf, dass bestimmte Subunternehmer jedenfalls bekannt zu geben wären. Dass notwendige Subunternehmer nicht bekannt zu geben gewesen wären, könne dieser Ausschreibungsbestimmung nicht entnommen werden. Dies ergebe sich aus Antwort 4 der Fragenbeantwortung vom 18.5.2015.

Im Übrigen werde hinsichtlich des Winterdienstes auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

Zur Frage der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde auf das bisherige Vorbringen verwiesen. Soweit die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 9.11.2015 auf eine E-Mail der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Zusammenhang mit der Berichtigung des Summenblattes verweise, sei festzuhalten, dass dies jedenfalls nicht der in Punkt 2.15. (Teil B) vorgesehenen Form für Korrekturen von Bieterangaben entsprechen würde. Ein solches E-Mail wäre daher im Rahmen der Beurteilung der Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls als unbeachtlich anzusehen.

Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher die berichtigte Fassung des Summenblattes in ihrem Letztangebot nicht berücksichtigt habe, wäre das Angebot als ausschreibungswidrig auszuschneiden gewesen.

Zur mündlichen Verhandlung:

Es wurde am 10.12.2015 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Der Richter legt dar, dass der Senat zu den verfahrensgegenständlichen Punkten eine Reihe von Fragen hat. Es ist am 09.12.2015 eine Replik der AST auf den letzten Schriftsatz der AG eingelangt. Eine Kopie dieser Replik wird der AG übergeben. In einem ersten Durchgang werden die Fragen, die der Senat in der Beschwerdesache hat, durchgegangen, einschließlich damit im unmittelbaren Zusammenhang stehenden Fragen der Parteien. Danach wird in einem zweiten Durchgang auf weitere Fragen, die dann gegebenenfalls noch offen geblieben sind, eingegangen

werden. In diesem Stadium wird auch Gelegenheit bestehen, allenfalls noch offene Punkte aus dem gestern eingelangten Schriftsatz mündlich vorzubringen bzw. etwaiges Vorbringen zu erstatten.

Eröffnung des Beweisverfahrens

Auf die Frage aus dem Senat an die AG, wie diese von der vorgebrachten Nichteingabe von zwei optionalen Preisen im Summenblatt des Angebotes der AST schließt, dass diese beiden Preise offenkundig nicht angeboten worden seien, führt die AG aus, dass sie dies auf Grundlage der gängigen Judikatur schließt. Sie nehme Bezug auf den soeben ausgeteilten Schriftsatz der AST vom 09.12.2015, wonach diese ausführe, dass sie diese beiden Preise sehr wohl kalkuliert hätte, jedoch durch die beiden Eventualpositionen für sie kein nennenswerter Mehraufwand verbunden sei. In diesem Fall würde ebenfalls ein Ausscheidensgrund vorliegen. Es würde in diesem Fall nach Ansicht der AG nämlich eine unzulässige Preisumlagerung in andere Kostenpositionen vorliegen.

Die AST hält dem entgegen, dass sie den ihrer Ansicht nach in den Ausführungen der AG enthaltenen Vorwurf des Ausscheidensgrundes einer spekulativen Preisgestaltung bzw. einer unzulässigen Zusammensetzung des Gesamtpreises bestreite. Die Zusammensetzung des Preises sei sehr wohl betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Darüber hinaus wäre die Frage der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit allenfalls Gegenstand einer kontradiktorisch durchzuführenden Angebotsprüfung. Darüber hinaus wäre die Kalkulation des Angebotes mehrfach auf die Schwierigkeit gestoßen, dass Leistungspositionen mehrfach nicht mit den realen Gegebenheiten übereingestimmt hätten.

Die AG bringt vor, dass ihr „jetzt im Zuge der letzten Vorbereitung auf die heutige Verhandlung“ aufgefallen sei, dass die AST in ihrem Last and Best Offer im Teil E – Überarbeitung Letztangebot im Summenblatt in den Punkten 6.1 und 6.5 Ausschreibungstext verändert habe. Dies stelle ebenfalls einen Ausscheidensgrund dar.

Die AST bestreitet und hält dem entgegen, dass die Punkte 6.1 und 6.5 im Last and Best Offer der AST der Berichtigung der AG, die diese mit eMail vom 15.10.2015 mitgeteilt habe, entsprechen würde.

Der Bericht legt dar, dass der Senat bei der Vorbereitung für die heutige Verhandlung in der gewerberechtlichen Kommentarliteratur auf den Meinungsstand gestoßen ist, dass die Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten eine einfache Teiltätigkeit des reglementierten Gewerbes der beratenden Ingenieure sei. Daraus könnte sich die Konsequenz ergeben, dass die Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten gewerberechtlich am Maßstab des § 32 Abs. 1 Z 11 GewO iVm § 32 Abs. 2 GewO zu messen wäre. Der Bericht legt weiters dar, dass am Maßstab des § 32 GewO nur solche Tätigkeiten zu messen sind, die nicht bereits als Haupttätigkeit im Gewerbeumfang der jeweiligen Befugnis enthalten sind. Bezogen auf die Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten würde der vorige Satz bedeuten, dass Tätigkeiten des Gefahrgutbeauftragten nur insoweit nach § 32 GewO zu beurteilen wären, als diese nicht bereits umfangsmäßig als Haupttätigkeiten der – im Fall der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen bis 3,5 t Gesamtgewicht zuzurechnen sind. Damit sei konkret angesprochen die in den Schriftsätzen sowohl von der AST als auch der AG ausführlich behandelte Frage, wie weit die Tätigkeit des

Gefahrgutbeauftragten Gefahrguttransporte mit Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht bzw. wie weit sie Gefahrguttransporte mit anderen Kraftfahrzeugen oder überhaupt mit anderen Transportmitteln zum Gegenstand hat.

Die AG führt dazu aus, dass sie das ihrer Ansicht nach ausreichende Vorliegen von Befugnissen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO beurteilt habe. Wenn der Senat zu dem Ergebnis gelange, dass das Vorliegen einer ausreichenden Befugnis auf der Grundlage des § 32 Abs. 1 Z 11 GewO oder als Haupttätigkeit auf der Grundlage des § 29 GewO zu bejahen sei, sei dies der AG im Ergebnis ebenso recht. Sie führt ergänzend aus, dass nach den von der AST vorgelegten Gefahrgutbeförderung-Jahresberichten für die Jahre 2008 - 2014 (Beilagen ./1 - ./7) als genutzter Verkehrsträger jeweils nur die Straße, nicht aber Schiene, Zivilluftfahrt oder Sonstige, angegeben gewesen sei und darüber hinaus auch erschließbar sei, dass jeweils nur Kraftfahrzeuge mit einem Gesamtgewicht bis zu 3,5 t zum Einsatz gekommen seien. Die von der AST in ihren Schriftsätzen ausgeführten Gefahrguttransporte mit Kraftfahrzeugen über 3,5 t Gesamtgewicht sowie auf anderen Verkehrsträgern als der Straße habe somit nach den von der AST für den angeführten Zeitraum vorgelegten Gefahrgutbeförderung-Jahresberichten nicht stattgefunden. Die nach dem Gefahrgutbeförderungsgesetz verlangten Qualifikationen hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachgewiesen.

Die AST bringt vor, dass ihrer Ansicht nach § 32 Abs. 1 Z 11 GewO nicht einschlägig sei. Nach Rechtsansicht des zuständigen Bundesministeriums sei die Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten Gegenstand eines eigenen Gewerbes. Die AST verweist diesbezüglich auf das in der bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe angeführte freie Gewerbe des Gefahrgutbeauftragten. Es sei daher grundsätzlich eine solche Gewerbeberechtigung erforderlich und könne daher die Tätigkeit nicht im Rahmen des freien Güterbeförderungsgewerbes auf der Grundlage des § 32 Abs. 1 Z 11 GewO ausgeübt werden. Darüber hinaus erfordere, auch wenn § 32 Abs. 1 Z 11 GewO für anwendbar erachtet werden sollte, die Ausführung der Tätigkeit nach § 32 Abs. 2. 2. Satz GewO, dass sich der Gewerbetreibende entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte bediene. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Qualifikationsnachweise, soweit aus den übermittelten Schriftsätzen ersichtlich, würden nur Teilaspekte der Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten abdecken. Der Auftragnehmer müsse auf Grund der Ausschreibung damit rechnen, dass auch Transporte mit anderen Transportmitteln als mit Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht auf der Straße, anfallen würden. Für den Fall solcher Transporte würde ihm nach dem Gefahrgutbeförderungsgesetz erforderliche spezielle Qualifikation und damit unter § 32 Abs. 2 2. Satz GewO die Befugnis fehlen.

Die AST bestreitet weiters, dass nur Transporte mit Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht angefallen seien und in Zukunft anfallen würden. Die Tonnage der abzuholenden Gefahrgüter sei dafür ohne Bedeutung. Maßgeblich sei ausschließlich, mit welchen Kraftfahrzeugen die Gefahrgüter transportiert worden seien bzw. zukünftig zu transportieren seien. Dies seien sehr wohl auch Kraftfahrzeuge über 3,5 t Gesamtgewicht gewesen. Im Übrigen verweise die AST auf die diesbezüglichen Ausführungen in ihrer am 09.12.2015 eingelangten Replik.

Die AG führt aus, der Leistungsgegenstand des Punkt 4.1.9 des Leistungsverzeichnisses würde den § 11 Gefahrgutbeförderungsgesetz entsprechen. Daraus ergebe sich, dass die von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nachgewiesene Qualifikation den Anforderungen des Gefahrgutbeförderungsgesetzes entsprechen würde.

Die AST bestreitet dies und bringt vor, dass nicht nur der Transporteur einen Gefahrgutbeauftragten zu bestellen habe, sondern gemäß § 11 Gefahrgutbeförderungsgesetzes auch jeder, der in der Kette des Transportes mit dem Gefahrgut hantiere. Darüber hinaus weist die AST darauf hin, dass die in ihrem Schriftsatz angesprochenen medizinischen Gase regelmäßig auf Paletten mittels Kraftfahrzeugen über 3,5 t Gesamtgewicht transportiert würden. Zum Beweis verweist die AST auf die von ihr heute stellig gemachte Zeugin.

Der Bericht legt zum Thema Winterdienst dar, dass sich für den Senat folgende Fragen ergeben:

1. In den Schriftsätzen der AG wird sinngemäß ausgeführt, dass Güterbeförderer im Winter ihre Kraftfahrzeuge für Arbeiten des Winterdienstes wie Schneeräumung und Streuen einsetzen würden. Insoweit wären § 29 GewO und gegebenenfalls das Vorliegen einer Haupttätigkeit des Güterbeförderungsunternehmers in Betracht zu ziehen. Leistungsgegenständlich sind jedoch auch Tätigkeiten des Winterdienstes, bei denen Kraftfahrzeuge nicht unmittelbar zum Einsatz kommen. Daraus ergibt sich die Frage, wie denn das Wertverhältnis dieser beiden Tätigkeitsbereiche des Winterdienstes zueinander ist.

2. § 32 Abs. 1 GewO räumt die sonstigen Nebenrechte dem jeweiligen Gewerbetreibenden ein. Daraus scheint nahe zu liegen, dass für die Beurteilung des geringen Umfanges auf das Verhältnis der sonstigen Leistung zum Gesamtauftrag im Sinne des dem jeweiligen Gewerbetreibenden zukommenden Leistungsteiles abzustellen wäre. Die AG scheint in ihren Schriftsätzen jedoch auf einen Gesamtauftrag im Sinne einer von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin als Bietergemeinschaft angebotenen Leistung abzustellen. Daraus ergibt sich die Frage, wie hoch der Leistungsanteil, den die Firma S. übernehmen soll, zur Gesamtleistung der Bietergemeinschaft ist.

Die AG führt dazu aus, dass beim Winterdienst nicht danach differenziert worden sei, wieviel Prozent des Winterdienstes mit Kraftfahrzeugen und wieviel Prozent ohne Kraftfahrzeuge durchgeführt werde. Insgesamt würde der Winterdienst (ohne Herausrechnung der Leistungsanteile die mit Kraftfahrzeugen ausgeführt werden) 0,68 % der Gesamtauftragssumme betragen.

Der Leistungsanteil, den die Firma S. dem Angebot zu Folge übernehmen soll, liege bei 80 %. Dies sei deswegen glaubwürdig und nachvollziehbar, weil die Firma S. als federführende Gesellschaft in der Bietergemeinschaft den Großteil der Befugnisse abdecke und den Großteil der Arbeiten übernehme und der Partner lediglich die Haustechnik (Heizung, Lüftung, Klima, Sanitär) durch ihre Befugnis und leistungsmäßig abdecke. Rechne man den Anteil, der nicht von der Firma S.

ausgeführt werden soll (= 20 %) aus der Gesamtauftragssumme heraus, so würde der Anteil des Winterdienstes an der auf die Firma S. reduzierten Gesamtleistung von 0,68 %, wie in den Schriftsätzen der AG ausgeführt, auf 0,85 % geringfügig ansteigen.

Die AG führt weiters aus, dass sie hinsichtlich des Winterdienstes nicht über § 32 Abs. 1 Z 1 GewO, sondern über die 5 %-Schwelle laut Leistungsverzeichnis für die Namhaftmachung von Subunternehmen argumentiert habe. Da der Leistungsanteil unter 5 % liege, sei ihrer Ansicht nach ein Subunternehmer noch nicht mit dem Teilnahmeantrag namhaft zu machen gewesen.

Die AST führt aus, dass ihrer Ansicht nach von den anfallenden Tätigkeiten des Winterdienstes kein Leistungsanteil mit Kraftfahrzeugen erbracht werden könne. Der Winterdienst falle vielmehr durchgehend auf Flächen an, welche mit Kraftfahrzeugen nicht befahrbar wären. Darüber hinaus sei bei der Berechnung des Wertverhältnisses zur Gesamtleistung nicht auf den jeweiligen Gewerbetreibenden (die Firma S.) abzustellen, sondern wesentlich enger auf die jeweilige Gewerbeberechtigung, welcher die sonstige Leistung zugeordnet werden soll. Dies sei im vorliegenden Fall die Gewerbeberechtigung für das freie Güterbeförderungsgewerbe. Der Leistungsanteil, den die Firma S. auf der Grundlage der Gewerbeberechtigung für das freie Güterbeförderungsgewerbe erbringe, sei im Auftragsfall äußerst gering. Stelle man den Winterdienst in Relation zu den Leistungen der Firma S. im freien Güterbeförderungsgewerbe, so werde das Ausmaß eines geringen Umfanges überschritten. Würde man in die Gesamtleistung andere Leistungen der Firma S., die auf der Grundlage von anderen Gewerbeberechtigung dieser Firma erbracht werden, einbeziehen, so würde dies nicht mehr, wie von § 32 Abs. 1 Z 1 GewO gefordert, eine wirtschaftliche sinnvolle Ergänzung darstellen.

Die AG hält dem entgegen, dass die Räumung der Gehsteige sehr wohl motorisiert erfolgen würde. Es würde dies mit einer Art „Kleintraktor“ erfolgen. Die Rechtsansicht, dass auf eine konkrete Gewerbeberechtigung der Firma S. abgestellt werden müsse, würde er nicht teilen. Nach der Judikatur sei auf die Gesamtauftragssumme abzustellen, was einer Aufteilung in Leistungsanteile, die jeweils einzelnen Gewerbeberechtigungen zuzurechnen wären, entgegen stehen würde.

Die AST bestreitet.

Zum Thema der vorgebrachten Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liegt der Bericht dar, dass aus den Vergabeakten nachvollziehbar ist, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insbesondere auch rechnerisch überprüft worden sei und rechnerisch für richtig befunden wurde. Daraus ergibt sich für den Senat die Frage, wie sich gegebenenfalls eine Nichtberücksichtigung der im Beschwerdevorbringen bezeichneten letzten Berichtigung der Ausschreibung auf die rechnerische Richtigkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte auswirken müssen.

Die AG führt dazu aus, dass die Berichtigung die Aufsummierung von in der Berichtigung näher ausgeführten Leistungsteilen für ein Jahr bzw. für drei Jahre betroffen habe. Eine allfällige Nichtberücksichtigung dieser Berichtigung hätte dazu geführt, dass im Summenblatt die

Leistungszeiträume für ein bzw. für drei Jahre nicht berichtigungskonform angeführt und damit um einen Faktor drei verändert wären. Eine derartige Verschiebung um den Faktor drei wäre bei rechnerischer Prüfung des Angebotes aufgefallen.

Die AST bestreitet und verweist auf das bisherige Vorbringen.

Die Verhandlung wird zur Beratung und Abstimmung des Senates um 11:12 Uhr unterbrochen. Die Verfahrensparteien verlassen den Verhandlungssaal. Die Verhandlung wird um 11:30 Uhr fortgesetzt.

Zur Frage der Befugnis der Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten trägt die AG Rechtsausführungen vor, welche sich im Rahmen ihrer Schriftsätze und ihres bisherigen Vorbringens bewegen. Dem hält die AST ihre Rechtsansicht, wie sie ihrem bisherigen Vorbringen zu entnehmen ist, entgegen.

Zur Frage der Befugnis für den Winterdienst führt die AST aus, dass sich die AG auf die ausschreibungsgegenständlichen Festlegungen betreffend die Nennung von Subunternehmer stütze. Aus der Fragebeantwortung Punkt 3. vom 18.05.2015 gehe jedoch hervor, dass bereits in der ersten Stufe erkennbar gewesen sei, dass Winterdienste zu erbringen seien und dafür eine Befugnis erforderlich sei. Ein allfälliger Subunternehmer hätte daher, soweit er für die Befugnis relevant ist, bereits im Teilnahmeantrag genannt werden müssen.

Die AG hält dem entgegen, dass dies so nicht richtig wäre, würde die Argumentation der AST tatsächlich zutreffen, so wäre auch die AST selbst auszuschneiden gewesen, weil beispielsweise auch Leistungen der Gärtnerei im Leistungsverzeichnis angeführt seien und die AST keine Befugnis für das Gärtnergewerbe angeboten habe. Richtigerweise sei für die erste Stufe festgelegt gewesen, dass für Subunternehmerleistungen kleiner als 5 % des Auftragswertes keine Subunternehmer in diesem Verfahrensabschnitt zu nominieren gewesen seien.

Die AST hält dem entgegen, dass sie eine Eigenerklärung abgegeben habe und nicht aufgefordert worden sei, entsprechende Nachweise vorzulegen. Außerdem würde die vorangehende Argumentation der AG dazu führen, dass das Vergabeverfahren zu widerrufen und die Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem Grunde aufzuheben sei."

Ergänzende Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung:

Die Ausschreibungsunterlagen sehen in Teil A - Teilnahmeantrag in Blg./4.1.1 betreffend Angaben über die zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse eine Tabelle mit 10 Zeilen und 4 Spalten (erforderliche Befugnisse; Leistungsteil, Leistungsgruppe; Bieter selbst befugt? - Ja/nein; Prüfvermerk) Angaben betreffend die Befugnisse des Teilnahmewerbers vor. Oberhalb der Tabelle ist folgender Text vorgegeben: „Als Bieter gebe(n) ich (wir) bekannt, welche

Befugnisse zur Erbringung der angebotenen Leistungen erforderlich sind und über welche Befugnisse ich (wir) selbst verfügen(n)". In der ersten Zeile ist „Elektro“ und in der zweiten Zeile „HKLS“ vorgegeben, wohingegen die weiteren acht Zeilen gegebenenfalls vom Bieter zu befüllen sind. Sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin haben deutlich mehr Zeilen mit Angaben über ihre Befugnisse befüllt als lediglich die beiden ersten mit „Elektro“ bzw. mit „HKLS“ teilweise vorausgefüllten Zeilen.

Der objektive Erklärungswert dieser Beilage mit Tabelle besteht nach Ansicht des Senates darin, dass die Bieter die aus ihrer Sicht zur Erbringung der angebotenen Leistungen erforderlichen Befugnisse anzugeben und zu deklarieren haben, ob sie über diese Befugnisse selbst verfügen. Entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin vermag der Senat dieser Beilage nicht zu entnehmen, dass die Bieter nur Angaben betreffend „Elektro“ und „HKLS“ zu machen und die Antragsgegnerin das Vorliegen der für die Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse nur hinsichtlich „Elektro“ und „HKLS“ zu prüfen gehabt hätte. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragsgegnerin steht nicht nur mit der Ausgestaltung dieser Beilage nicht im Einklang, sondern auch mit dem Vorbringen der Antragsgegnerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter mit ihrer Befugnis für die Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen bis 3,5 t befugnismäßig abdecken würde.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt durch die S. als Mitglied in der Bietergemeinschaft über eine aufrechte Berechtigung für das freie Gewerbe *„Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchst zulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt“*. Die genannte Gesellschaft ist mit dieser Gewerbeberechtigung und dem Gewerbestandort Wien, ..., im Gewerbeinformationssystem Austria mit der GISA-Zahl ..., eingetragen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat diese Befugnis – ebenso wie eine Reihe anderer Befugnisse – in ihrem Teilnahmeantrag sowohl angegeben als auch durch Vorlage eines Gewerberegisterauszuges nachgewiesen. Das Vorliegen der angeführten Befugnis war bereits im Vergabeverfahren erwiesen.

Die Angebotsunterlagen enthalten in ihrer Fassung für die Abgabe der Erstangebote unter anderem folgende Festlegungen:

„4.1.9. Gefahrgutbeauftragte(r)

Zu den Aufgaben des (der) Gefahrgutbeauftragten gemäß GGBG gehören insbesondere unter anderem die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften für die Beförderung gefährlicher Güter, das Erstellen eines Jahresberichts für die Projektleitung oder gegebenenfalls für die Behörde über die Tätigkeiten in Bezug auf die Beförderung gefährlicher Güter, die Schulung der Arbeitnehmer, ebenso wie die Durchführung geeigneter Sofortmaßnahmen bei etwaigen Unfällen oder Zwischenfällen sowie die Durchführung von Untersuchungen im Unglücksfalle.“

„4.3.5. Sicherheitsdienst (Wachdienst)

Optional

Durch den Auftragnehmer ist ein Wachdienst vorzusehen. Von Montag bis Sonntag (inklusive Feiertagen) sind außerhalb der Normalarbeitszeit in unregelmäßigen Zeitabständen Rundgänge (Sicherheitskontrollgänge) durch das Sa. durchzuführen. Diese Rundgänge sind zu dokumentieren. Die Häufigkeit der Kontrollen ebenso wie die einzelnen Kontrollpunkte wird zuvor mit der Auftraggeberin nach ihren Bedürfnissen in einem Sicherheitskonzept festgelegt.“

„4.3.6. Winterdienst

Durchführung und Sicherstellung von Schnee- und Eisglättebekämpfung gemäß den rechtlichen Vorschriften an den dem Objekt zugeordneten Flächen. Alle Pflichten hinsichtlich Schneeräumung, Streuen bei Schnee und Glätteis, Entfernen von Schneewächten und Eisbildungen von Dächern, etc., die zum Beispiel aus der Straßenverkehrsordnung resultieren, werden dem Auftragnehmer übertragen.

Die Leistungen des Auftragnehmers umfassen alle Leistungen, die für den sicheren Zugang zum Gebäude/zur Liegenschaft erforderlich sind und umfassen auch die Innenhöfe und Terrassen. Folgende Leistungen sind unter anderem zu bringen:

- Schneeräumen und Streudienst*
- Erstellen eines Prioritätenplanes nach Raumzonen*
- Bereitstellen von Räumgeräten*
- Detailliertes Protokollieren von Einsätzen“*

„4.3.12. Schädlingsbekämpfung

Optional

Unter Schädlingsbekämpfung oder Schädlingskontrolle fallen chemische, physikalische oder biologische Maßnahmen zur Bekämpfung von als Schädlingen angesehenen Pflanzen, Tieren und Mikroorganismen, welche sowohl Flora und Fauna als auch den Menschen befallen.

Die Überwachung bezieht sich insbesondere auf Gefährdungen, die durch Verunreinigungen, pathogene Mikroorganismen, physikalische Objekte, Chemikalien, Rohstoffe oder bestimmte Verfahren hervorgerufen können. Mit der Auftraggeberin sind ein Konzept (z.B. analog HACCP) zur

Vermeidung von Gefahren im Zusammenhang mit einem Schädlingsbefall und präventive Maßnahmen abzustimmen.

Inbesondere umfasst diese Funktion:

- Eingehende Objektbesichtigung und Beurteilung der Ausgangssituation
- Ausführliche Untersuchung von Arbeitsabläufen, Umgang mit Produkten
- Verpackung, Lagerung, Verteilung und Verwendung von Produkten
- Identifizierung der Schädlinge und Ermittlung des konkreten Befalls
- Analyse der Befallsursache
- Planung und Umsetzung der Bekämpfungsstrategie
- Durchführung der Schädlingsbekämpfung

Der Küchenbereich ist von der Leistungserbringung des gegenständlichen Punktes gemäß Pachtvertrag ausgenommen (die Schädlingsbekämpfung wird vom Betreiber selbst erbracht)."

In Teil E auf 6 waren unter anderem folgende Leistungen auszureisen:

„1.13 optionale Leistungen	EUR
Sicherheitsdienst (Wachdienst)	EUR
Schädlingsbekämpfung	EUR"

Die Antragstellerin hat in ihrem Erstangebot diese drei Zeilen nicht befüllt. Sie hat damit diese beiden optionalen Leistungen nicht ausgepreist. Die Antragsgegnerin hat dies bis zur Erlassung der Zuschlagsentscheidung nicht aufgegriffen und der Antragstellerin bis dahin auch nicht vorgehalten. Erst im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hat die Antragsgegnerin dies in ihrer inhaltlichen Stellungnahme vom 9.11.2015 erstmals aufgegriffen.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden von der Antragsgegnerin für die Abgabe der Letztangebote (LBO - Last and Best Offer) überarbeitet. Die oben zitierten Festlegungen wurden dabei dahingehend geändert, dass die beiden optionalen Leistungen – Punkt 4.3.5. Sicherheitsdienst (Wachdienst) und Punkt 4.3.12. Schädlingsbekämpfung – zur Gänze gestrichen wurden. Die übrigen oben wiedergegebenen Festlegungen blieben unverändert.

Die von der Antragstellerin in ihrem Nichtigerklärungsantrag angesprochene Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen E-Mail vom 15.10.2015 lautet wie folgt:

„Um das Summenblatt im Teil E - Ermittlung Dienstleistungsentgelt mit der Beschreibung gemäß Teil E, 2, Punkt 1.1, 4. Absatz, in Übereinstimmung zu bringen, werden die Punkte a) und b) wie unten beschrieben berichtigt:

Teil E, Punkt 3, Summenblatt:

a). 6.1, Zwischensumme Facility Management Dienstleistungen „Erläuterung Zwischensumme: Start-up Phase und FM-Dienstleistungen 1. Jahr (ohne Regiestunden und Fahrkosten, sowie ohne Eventualpositionen)“

Diese Beschreibung wird ersetzt durch:

„Erläuterung Zwischensumme: Einmalige Leistungen (ein Jahr) und FM-Dienstleistungen (3 Jahre), ohne Regiestunden und Fahrkosten, sowie ohne Eventualpositionen“

b)Punkt 6.5, Gesamtsumme Facility Management Dienstleistungen exkl. USt.

„Erläuterung Gesamtsumme Start-up Phase und FM-Dienstleistungen 1. Jahr (ohne Regiestunden und Fahrkosten, sowie ohne Eventualpositionen), inklusive Mehr- bzw. Minderkosten“

Diese Beschreibung wird ersetzt durch:

„Erläuterung Gesamtsumme: Einmalige Leistungen (ein Jahr) und FM-Dienstleistungen (3 Jahre), ohne Regiestunden und Fahrkosten, sowie ohne Eventualposition, inklusive Mehr- und Minderkosten“

Es werden keine sonstigen Berechtigungen durchgeführt.

Da mit dieser Berichtigung des Summenblattes keine Anpassung der Kalkulationsgrundlagen einhergeht, ist eine Verlängerung der Angebotsfrist nicht erforderlich.“

Diese Berichtigung wurde der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am 15.10.2015 um 15:32 Uhr bzw. um 15:33 Uhr mit E-Mail übermittelt. Die Angebote waren bis spätestens 16.10.2015, 12:00 Uhr, bei der I. abzugeben bzw. so rechtzeitig abzusenden, sodass sie spätestens zum angegebenen Zeitpunkt an der genannten Adresse eingelangt waren. Die Angebotsöffnung fand am 16.10.2015 um 13:00 Uhr bei der I. in Wien, statt. Die Letztangebote der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sind jeweils am 16.10.2015 um 9:55 Uhr bzw. um 9:20 Uhr eingelangt.

Im Vergabeverfahren haben sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin jeweils ein Erstangebot und jeweils ein Letztangebot

vorgelegt. Sowohl das Erstangebot als auch das Letztangebot wurde einer kommissionellen Prüfung unterzogen.

Die Erstangebote waren in Form eines „Zwei-Kuvert-Verfahrens“ zu übermitteln, wobei jeweils in einem „Kuvert 1“ ein „Qualitätsangebot“ und in einem „Kuvert 2“ ein „Honorarangebot“ zu übermitteln waren. Die Erstangebote wurden von der Antragstellerin und von der präsumtiven Zuschlagempfängerin in dieser Form eingereicht. Die Qualitätsangebote wurden einer formalen Vorprüfung durch die ausschreibende Stelle unterzogen. Anschließend wurden die Qualitätsangebote einer inhaltlichen Prüfung und Bewertung durch eine Bewertungskommission unterzogen. Anschließend wurden die Honorarangebote einer eingehenden Prüfung unterzogen. Daran anschließend wurde zu einem Hearing mit Präsentation und mit Bewertung durch die Bewertungskommission eingeladen. Daran anschließend folgten die Verhandlungsrunden mit den beiden im Verfahren befindlichen Bietern. Im Zuge der Verhandlungsrunden kam es zu Fragen und zu Fragebeantwortungen. Die schließlich einzureichenden Letztangebote durften sich gemäß den Vergabebestimmungen ausschließlich auf den Preis, sohin auf das wirtschaftliche Angebot, beziehen.

Sowohl die Erstangebote als auch die Letztangebote wurden teils von der vergebenden Stelle und teils von der Bewertungskommission - im Sinne eines Zusammenwirkens in Form einer formalen Prüfung durch die vergebende Stelle und einer inhaltlichen Prüfung durch die Bewertungskommission - sorgfältig überprüft und sowohl der Gang der Überprüfung als auch deren Ergebnis sorgfältig im Vergabeakt dokumentiert.

Die Tatsache, dass sorgfältig geprüft und sorgfältig dokumentiert wurde, ergibt sich aus der umfangreichen und detaillierten Dokumentation der Prüfung sowohl der Erstangebote als auch der Letztangebote in Mappe C4 des Vergabeaktes.

Insbesondere wurden die Kalkulation und das Letztangebot der präsumtiven Zuschlagempfängerin sorgfältig geprüft und insbesondere die rechnerische Richtigkeit des Letztangebotes und des übermittelten Summenblatt festgestellt und dies dokumentiert.

Der Senat vermochte nicht zu erkennen, dass die oben inhaltlich wiedergegebene Berichtigung vom 15.10.2015 maßgeblichen Einfluss auf die Kalkulation und somit auf die Angebotserstellung gehabt hätte. Aus der Berichtigung geht hervor, dass vor der Berichtigung ein Widerspruch zwischen dem Summenblatt in den berechtigten Punkten mit den zugehörigen Punkten der Leistungsbeschreibung bestanden hat. Die Berichtigung hat die Übereinstimmung zwischen Summenblatt und Leistungsbeschreibung in den beiden betroffenen Punkten hergestellt.

Es trifft zwar zu, dass sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin nur jeweils wenige Stunden Zeit gehabt haben, diese Berichtigung bei der Erstellung ihres Angebotes noch zu berücksichtigen. Aufgrund des klarstellenden Charakters (Herstellung einer Übereinstimmung in zwei Punkten) und des geringen Ausmaßes der Berichtigung ist es jedoch nachvollziehbar, dass beide Bieter noch genügend Zeit hatten, anhand der Berichtigung kurz zu prüfen, ob ihr Angebot hinsichtlich dieser Berichtigung geändert werden müsse. Nicht zuletzt ist die Berichtigung aber so gestaltet, dass im Fall einer etwaigen Nichtberücksichtigung derselben der durch die Berichtigung beseitigte Widerspruch - sofern die Bieter durch ihr Verständnis der Ausschreibung die Berichtigung nicht bereits vorweggenommen haben sollten - zutage getreten wäre und eine Nichtberücksichtigung der Berichtigung bei der Prüfung der Summenblätter hätte auffallen müssen. In der mündlichen Verhandlung wurde von der Antragsgegnerin nachvollziehbar dargelegt, dass sich im Falle einer Nichtberücksichtigung der in Rede stehenden Berichtigung Preise im Summenblatt um den Faktor Drei verschoben hätten, weil die Berichtigung Klarstellungen betroffen hat, inwieweit sich einzelne Preise auf einen Zeitraum von einem Jahr bzw. von drei Jahren beziehen. Aus der Tatsache, dass bei der Prüfung des Letztangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insbesondere die Kalkulation und die rechnerische Richtigkeit für in Ordnung befunden wurden, geht hervor, dass diese Berichtigung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch rechtzeitig berücksichtigt wurde. Nicht zuletzt hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Summenblatt nicht eigenmächtig abgeändert, was mit der Tatsache übereinstimmt, dass sie diese Berichtigung des Summenblattes berücksichtigt hat (eine etwaige Nichtberücksichtigung der Berichtigung des Summenblattes hätte, wie die mündliche Verhandlung gezeigt hat, den Bieter vor

die Aufgabe gestellt, ein in sich schlüssiges Angebot zu erstellen und dabei das vorgegebene Summenblatt nicht selbst abändern zu dürfen).

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin besteht aus einer Bietergemeinschaft der S. und der C., wobei die erstgenannte Gesellschaft die Mehrzahl der Gewerbeberechtigungen in die Bietergemeinschaft einbringt und rund 80 % des angestrebten Gesamtauftrages abdeckt, während die zweitgenannte Gesellschaft die Gewerbeberechtigungen für den Teilbereich „Heizung/Klima/Lüftung/Sanitär“ einbringt und rund 20 % des angestrebten Gesamtauftrages abdeckt. Dabei deckt die zweitgenannte Gesellschaft lediglich den Teilbereich Haustechnik ab, während alle anderen Bereiche des Gesamtauftrages von der erstgenannten Gesellschaft abgedeckt werden sollen und der Gesamtauftrag Facility-Management im Sinne der Leistungsbeschreibung umfasst. Insbesondere fallen die Tätigkeiten als Gefahrgutbeauftragter und des Winterdienstes in die Aufgabenbereiche der S.. Die Schlüssigkeit dieser Aufteilung von etwa 80:20 ist an Hand des Leistungsverzeichnisses, von dem „Heizung/Klima/Lüftung/Sanitär“ nur ein Teilbereich ist, und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung plausibel.

Die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter macht im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen Anteil von 1,06 % ihres Gesamtangebotspreises aus. Berücksichtigt man, dass die S. 80 % des Auftrages der Bietergemeinschaft ausführen soll, und legt man den Prozentsatz von 1,06 % auf die S. um, so beträgt der Anteil der Leistungen als Gefahrgutbeauftragter an diesen von der S. auszuführenden 80% im Ergebnis 1,325 %. Die diesbezüglichen Feststellungen gründen auf den nachvollziehbaren rechnerischen Ableitungen des Prozentsatzes von 1,06 % durch die Antragsgegnerin in den nicht anonymisierten Fassungen ihrer Schriftsätze und aus der plausiblen Aufteilung der Arbeiten innerhalb der Bietergemeinschaft im Verhältnis von 80:20 zu Gunsten der S., wobei der Prozentsatz von 1,06 durch den Senat auf 1,325 % bei Berücksichtigung der letztgenannten Aufgabenverteilung umgerechnet wurde.

Weiters erschien es dem Senat plausibel, dass sich der überwiegende Teil der Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter auf Transporte bezieht, die mittels Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht erfolgen. Lediglich ein geringer Teil

der Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter bezieht sich auf Transporte, die mittels Kraftfahrzeugen mit mehr als 3,5 t Gesamtgewicht oder überhaupt mit anderen Verkehrsmitteln wie Eisenbahn, Flugzeug oder Schiff erfolgt. Die Argumente der Antragstellerin, dass alleine mit Gefahrguttransporten mittels Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht nicht das Auslangen gefunden werden könne, erschienen dem Senat schlüssig und plausibel. Eine Einvernahme von Zeugen zum Beweis dafür, ob allenfalls vielleicht doch mit Gefahrguttransporten auf der Straße mit Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht das Auslangen gefunden werden könne, war nicht erforderlich, weil einerseits aus dem Leistungsverzeichnis nicht ersichtlich war, dass gegebenenfalls nur solche Gefahrguttransporte zu erbringen wären, und andererseits diesem Sachverhaltsaspekt ohnedies keine entscheidungswesentliche Bedeutung zukam.

Der Winterdienst macht im Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin einen Anteil von 0,68 % ihres Gesamtangebotspreises aus. Berücksichtigt man wiederum, dass die S. 80 % des Auftrages der Bietergemeinschaft ausführen soll, und legt man den Prozentsatz von 0,68 auf die S. um, so beträgt der Anteil der Leistungen des Winterdienstes an diesen von der S. auszuführenden 80% im Ergebnis 0,85%.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass die präsumentive Zuschlagsempfängerin Kraftfahrzeuge, die sie ansonsten im Rahmen ihres freien Güterbeförderungsgewerbes für die Güterbeförderung einsetzt, auch für ausschreibungsgegenständliche Arbeiten des Winterdienstes einsetzen würde. Die Antragsgegnerin hat dazu zwar in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass für den Winterdienst teilweise „Kleintraktoren“ eingesetzt würden. Es liegt jedoch auf der Hand, dass es sich bei solchen „Kleintraktoren“ für Zwecke des Winterdienstes um spezielle Fahrzeuge des Winterdienstes und gerade nicht um Kraftfahrzeuge für die gewerbsmäßige Güterbeförderung handelt. Es war daher davon auszugehen, dass sämtliche Tätigkeiten des Winterdienstes ohne die im freien Güterbeförderungsgewerbe für Zwecke der Güterbeförderung typischer Weise eingesetzten Kraftfahrzeuge durchgeführt würden. Dies bedeutete jedoch lediglich, dass es bei dem im vorigen Absatz festgestellten Anteil der Tätigkeiten der Winterdienste an den gesamten Leistungen der S. auszuführenden 0,85% blieb und sich dieser Prozentsatz nicht durch eine etwaige Herausrechnung von

solchen Tätigkeiten des Winterdienstes, die mit Kraftfahrzeugen des freien Güterbeförderungsgewerbes erfolgen, verringerte.

Im Übrigen beruht die Beweiswürdigung insgesamt auf dem vorgelegten Vergabeakt, dem Parteivorbringen im Nichtigkeitsantrag und im nachfolgenden Schriftverkehr sowie insbesondere auf dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung. Details, die sich auf einzelne spezifische Feststellungen beziehen, wurden bereits oben im Zusammenhang mit der jeweiligen spezifischen Feststellung angeführt.

Rechtlich hat das Verwaltungsgericht erwogen:

Zur Antragslegitimation:

§20 Abs. 1 erster Satz WVRG lautet:

„§ 20. (1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nichtigkeitsantrag einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.“

Aus dieser Bestimmung folgt – ebenso wie aus der in dieser Hinsicht vergleichbaren Bestimmung des § 320 Abs. 1 BVergG –, dass einem Bieter dann grundsätzlich keine Antragslegitimation zukommt, wenn er selbst ausgeschieden wurde oder auszuscheiden ist.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 – Hackermüller) ist es jedoch, um die Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters verneinen zu können, erforderlich, dass das Vorliegen eines solchen Ausscheidensgrundes mit dem betroffenen Bieter zumindest kontradiktorisch abgeklärt ist. Im Rahmen des dem Bieter zur Verfügung stehenden Nachprüfungsverfahrens müsse es diesem ermöglicht werden, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, auf dessen Grundlage die für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz zu beschließen beabsichtigt, dass ihm

durch die Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit er behauptet, kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

Nach der Rechtsprechung des VwGH (z.B. VwGH 19.3.2009, 2007/04/0095; VwGH 27.5.2009, 2008/04/0041) ist es der Vergabenachprüfungsbehörde – und somit nunmehr dem nachprüfenden Gericht – jedoch verwehrt, Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind.

Wenn die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme zum Nichtigerklärungsantrag vorbringt, die Antragstellerin habe in ihrem Erstanteangebot für die beiden optionalen Leistungen „Sicherheitsdienst (Wachdienst)“ und „Schädlingsbekämpfung“ keine Preise angeboten, so bezeichnet ihr Vorbringen einen Sachverhalt, der im Fall seines Zutreffens einen Ausscheidensgrund darstellen würde. Allerdings muss auf Grund der Aktenlage offensichtlich sein, dass dieser Sachverhalt tatsächlich zutrifft.

Dies setzt zumindest grundsätzlich voraus, dass die Antragsgegnerin den Sachverhalt im Vergabeverfahren durch einen Vorhalt und die Einräumung der Möglichkeit einer Stellungnahme zum Vorhalt kontradiktorisch abgeklärt hat. Ohne eine solche kontradiktorische Abklärung bestehen nämlich grundsätzlich Zweifel, ob der Sachverhalt, der allenfalls auf Grund der Aktenlage vorzuliegen scheint, auch tatsächlich vorliegt. Dieser Grundsatz trifft auch auf den Anlassfall zu. Wenn die Antragstellerin die beiden betreffenden Preisangaben im Summenblatt nicht eingesetzt hat, so lässt dies – entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin – keinen gesicherten Schluss zu, dass ihr vorgelegtes Angebot nicht eine Kalkulation dieser Preise enthält. Auch sonst sind verschiedene sachverhaltsmäßige Konstellationen denkbar, bei denen das Angebot die Preise für diese beiden optionalen Leistungen enthält und diese lediglich nicht an der von der Antragsgegnerin aufgezeigten Stelle aufscheinen. Es ist gerade die Aufgabe der Angebotsprüfung, dies abzuklären, und da dies im Vergabeverfahren nicht erfolgt ist, war die Angebotsprüfung hinsichtlich des allfälligen Ausscheidensgrundes des Angebotes der Antragstellerin noch nicht abgeschlossen.

Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden. Das allfällige Vorliegen des in Rede stehenden Ausscheidensgrundes steht auch nicht fest. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist somit insoweit gegeben.

Zur Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten:

§ 29 GewO samt Überschrift lautet:

„6. Umfang der Gewerbeberechtigung

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

§ 31 Abs. 1 GewO samt Überschrift lautet:

„Einfache Tätigkeiten und Teilgewerbe mit vereinfachtem Zugang

§ 31. (1) Einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, sind den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten. Als einfache Tätigkeiten gelten jedenfalls nicht die für ein Gewerbe typischen Kerntätigkeiten, welche die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen voraussetzen.“

§ 32 GewO samt Überschrift lautet auszugsweise:

„Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden

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

1. alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen;

(...)

8. Arbeiten, die im zulässigen Umfang ihrer Gewerbeausübung liegen, zu planen;

11. einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, auszuüben;

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

(...)“

§ 134 GewO samt Überschrift lautet auszugsweise:

„Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure)

§ 134. (1) Der Gewerbeumfang der Ingenieurbüros (§ 94 Z 69) umfasst die Beratung, die Verfassung von Plänen, Berechnungen und Studien, die Durchführung von Untersuchungen, Überprüfungen und Messungen, die Ausarbeitung von Projekten, die Überwachung der Ausführung von Projekten, die Abnahme von Projekten und die Prüfung der projektmäßigen Ausführung einschließlich der Prüfung der projektbezogenen Rechnungen sowie die Erstellung von Gutachten auf einschlägigen Fachgebieten, die einer Studienrichtung oder einem mindestens viersemestrigen Aufbaustudium einer inländischen Universität, einer Fachhochschule oder Hochschule künstlerischer Richtung oder einer einschlägigen inländischen berufsbildenden höheren Schule entsprechen.

(...)

(5) Der Berechtigungsumfang von anderen reglementierten Gewerben wird durch Abs. 1 nicht berührt.“

Der Senat folgt der herrschenden Lehre (vgl. Wallner in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO, § 134, Rz 7; Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO, 3. Auflage, § 134, Rz 5), wonach die Aufgaben eines Gefahrgutbeauftragten gemäß § 11 Abs. 2 und 3 GGBG unter den Gewerbeumfang des reglementierten Gewerbes der Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure) auf den entsprechenden Fachgebieten einzuordnen sind. Ihre fachgemäße Ausführung erfordert jedoch nicht den für dieses reglementierte Gewerbe vorgeschriebenen Befähigungsnachweis. Daher ist diese Tätigkeit als einfache Teiltätigkeit im Sinne des § 31 Abs. 1 GewO anzusehen. Als einfache Tätigkeit kann diese Tätigkeit als freies Gewerbe angemeldet werden. Die vom Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft im Internet (http://www.bmfwf.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Documents/Bundeseinheitliche_Liste_der_freien_Gewerbe.pdf – Stand 16.11.2015) allgemein zugängliche „bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe“ sieht diesbezüglich den Wortlaut „Gefahrgutbeauftragter“ als freies Gewerbe vor.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass die gewerberechtliche Befugnis nicht an die im GGBG für die Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten vorgesehenen Qualifikationen anknüpft. Gewerberechtlich gilt die Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten als einfache Tätigkeit, für welche der für das reglementierte Gewerbe der Ingenieurbüros vorgeschriebene Befähigungsnachweis nicht erforderlich ist. Ob die im GGBG für Gefahrgutbeauftragte allgemein bzw. für spezifische Tätigkeiten als Gefahrgutbeauftragter vorgeschriebene Qualifikation erbracht ist, ist somit für die Frage, ob die erforderliche Befugnis vorliegt, ohne rechtliche Relevanz. Die Frage, ob die Qualifikationserfordernisse gemäß GGBG in vollem Umfang erfüllt

werden, kann sich daher allenfalls im Zusammenhang mit der technischen Leistungsfähigkeit, nicht aber im Zusammenhang mit der Befugnis stellen.

Der diesbezüglich von der Antragstellerin geltend gemachte Beschwerdegrund ist ausschließlich das Fehlen der erforderlichen Befugnis, nicht aber das Fehlen der technischen Leistungsfähigkeit. Es war somit auf die Frage, ob die technische Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Qualifikationsanforderungen des GGBG in ausreichendem Umfang gegeben ist, nicht inhaltlich einzugehen.

Aus der Einstufung der Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten als einfache Teiltätigkeit der Ingenieurbüros folgt aber auch, dass diese Tätigkeiten gemäß § 32 Abs. 1 Z 11 GewO von Gewerbetreibenden ohne die im § 32 Abs. 1 Z 1 GewO vorgesehenen Einschränkungen ausgeübt werden dürfen.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Nebenrechte der Gewerbetreibenden nur im Zusammenhang mit einer Haupttätigkeit ausgeübt werden dürfen und die präsuntive Zuschlagsempfängerin folglich die Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten nur im Zusammenhang mit einer von ihr erbrachten Güterbeförderung durchführen dürfe, so mag diese Überlegung bei Ausübung des sonstigen Rechtes gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO ihre Berechtigung haben. Das hier einschlägige sonstige Recht des § 32 Abs. 1 Z 11 GewO, einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben zu erbringen, besteht jedoch auch ohne direkten Zusammenhang zur Haupttätigkeit (Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO, 3. Auflage, § 32, Rz 25). Die Argumentation, es würde der Zusammenhang mit einer Haupttätigkeit fehlen, geht somit mangels Erfordernisses eines solchen Zusammenhanges ins Leere.

Das Recht, einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben zu erbringen, ist auch nicht an die Anforderungen geknüpft, dass ein geringer Umfang nicht überschritten werden dürfe und dass es sich um eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung der eigenen Leistung handeln müsse. Insoweit handelt es sich um spezifische Einschränkungen des im § 32 Abs. 1 Z 1 GewO festgelegten Rechtes, Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen. § 32 Abs. 1 Z 11 GewO legt für einfache Teiltätigkeiten keine vergleichbaren Einschränkungen fest. Die Ausführungen in den Schriftsätzen zur Frage, ob und inwieweit die Leistungen

des Gefahrgutbeauftragten das Ausmaß eines geringen Umfanges überschreiten und ob eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung zur Hauptleistung vorliegt, sind somit für das sonstige Recht nach § 32 Abs. 1 Z 11 GewO ohne rechtliche Relevanz.

Der Vollständigkeit halber sei noch festgehalten:

Wenn die Antragstellerin – in ihren Schriftsätzen und in ihrem mündlichen Vorbringen – vermeint, dass sich die Tätigkeiten im Rahmen der sonstigen Rechte der S. als „Nebentätigkeit“ einer Haupttätigkeit dieser Gesellschaft im Rahmen der Ausübung des freien Gewerbes der Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht unterordnen müssten, so ist sie diesbezüglich auf den Gesetzeswortlaut des § 32 Abs. 1 Einleitungssatz und Abs. 2 GewO zu verweisen. Der Einleitungssatz bezieht die sonstigen Rechte von Gewerbetreibenden nicht auf eine spezifische Gewerbeberechtigung, sondern auf den jeweiligen Gewerbetreibenden, mag dieser auch mehrere Gewerbeberechtigungen haben. Abs. 2 verlangt, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes gewahrt bleiben, wobei der Begriff des Betriebes – in sinngemäßer Anlehnung etwa an den betriebswirtschaftlichen Betriebsbegriff – nicht mit den jeweiligen Gewerbeberechtigungen gleichgesetzt werden kann, sondern eine in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehende unternehmerische Tätigkeit eines Unternehmers auch dann umfasst, wenn sich die unternehmerische Tätigkeit über die Grenzen von gewerberechtlichen Berechtigungsumfängen erstreckt und folglich umfangsmäßig durch mehrere Gewerbeberechtigungen abgedeckt wird. Es trifft also nicht zu, dass die S. so viele Betriebe, deren Schwerpunkt und Eigenart sie in Ausübung der sonstigen Rechte wahren muss, hat, wie sie Gewerbeberechtigungen hat. Die Tätigkeit der S. als Gefahrgutbeauftragter ist daher – soweit sie wie vorliegend befugnismäßig durch ein sonstiges Recht abgedeckt wird, in Bezug zum Gesamtauftrag, soweit dieser durch die S. ausgeführt werden soll, zu setzen.

Die Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten macht, wie den Feststellungen des maßgeblichen Sachverhaltes zu entnehmen ist, lediglich 1,325 % der insgesamt durch die S. zu erbringenden Leistungen aus. Damit bewegen sich die Leistungen als Gefahrgutbeauftragter in einem Prozentbereich, das nach der Rechtsprechung

zu § 32 Abs. 1 Z 1 GewO (z.B. VwGH 2009/04/025) sogar den Anforderungen eines „geringen Umfanges“ im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO entsprechen würde. Die vergleichsweise allgemeinere Schranke des § 32 Abs. 2 GewO soll jedoch lediglich eine missbräuchliche Inanspruchnahme der sonstigen Rechte des § 32 Abs. 1 GewO verhindern, welche etwa dann vorliegen würde, wenn sich durch die Ausübung der sonstigen Rechte der wirtschaftliche Schwerpunkt der hauptberuflich ausgeübten Tätigkeit verschieben und damit die Eigenart des ursprünglichen Betriebes verändert werden würde (vgl. Grabler/Stolzlechner, Wendl, GewO, 3. Auflage, § 32, Rz 30). Von einem derartigen Missbrauch, der zu einer Verschiebung des wirtschaftlichen Schwerpunktes und zu einer Veränderung der Eigenart des Betriebes führen würde, ist jedoch eine sonstige Tätigkeit, die lediglich 1,325 % der Gesamttätigkeit des Gewerbetreibenden im Rahmen des Auftrages ausmacht, sehr weit entfernt. An diesem grundsätzlichen Ergebnis ändert sich selbst dann nichts Wesentliches, wenn man die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragten und die Tätigkeit des Winterdienstes – aus der Überlegung heraus, dass gegebenenfalls beide Tätigkeiten durch sonstige Rechte abgedeckt werden müssen – addiert, zumal auch eine Addition beider Tätigkeiten einen Wert unter 3 % der Gesamttätigkeit des Gewerbetreibenden im Rahmen des Auftrages ergibt und daher ebenfalls nicht zu einer Verschiebung des wirtschaftlichen Schwerpunktes oder zu einer Veränderung der Eigenart des Betriebes der S. führt.

Soweit sich die Antragstellerin – in ihren Schriftsätzen und in ihrem mündlichen Vorbringen – darauf beruft, dass Tätigkeiten als Gefahrgutbeauftragter, soweit sich diese nicht auf die Beförderung von Gefahrgütern mittels Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht beziehen, in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit dem freien Güterbeförderungsgewerbe stünden, verkennt sie, dass der Zweck und Regelungsinhalt des § 32 Abs. 1 GewO gerade darin besteht, dass Gewerbetreibende im Rahmen ihrer Gewerbeausübung innerhalb der Grenzen des § 32 GewO auch Tätigkeiten ausüben dürfen, die in den Berechtigungsumfängen der jeweiligen Gewerbe des Gewerbetreibenden ansonsten nicht enthalten sind, sodass § 32 Abs. 1 GewO den Berechtigungsumfang insoweit erweitert. Die sonstigen Rechte entfalten ihren Regelungsinhalt somit erst dort, wo sich die Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten auf Gefahrguttransporte bezieht, zu deren Durchführung die S. auf Grund des

freien Güterbeförderungsgewerbes nicht berechtigt wäre. Nur bezogen auf solche Gefahrguttransporte ist § 32 GewO für die S. somit wirklich essentiell, wohingegen die Tätigkeiten als Gefahrgutbeauftragter, soweit sich diese lediglich auf Gefahrguttransporte mittels Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht beziehen, sogar ohne Rückgriff auf § 32 Abs. 1 GewO durch das freie Güterbeförderungsgewerbe der S. im Zusammenhang mit § 29 GewO – zumindest größtenteils - abgedeckt werden könnte.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, dass die seitens der S. namhaft gemachten Mitarbeiter nach dem Gefahrgutbeförderungsgesetz lediglich für den Teilbereich der Gefahrguttransporte auf der Straße qualifiziert wären, ist auszuführen, dass im Nichtigerklärungsverfahren lediglich die Befugnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestritten wurden, nicht aber deren technische Leistungsfähigkeit. Fragen der technischen Leistungsfähigkeit sind somit nicht Inhalt des Nachprüfungsverfahrens. Gewerberechtlich ist die Tätigkeit eines Gefahrgutbeauftragten eine einfache Teiltätigkeit des reglementierten Gewerbes der Beratenden Ingenieure bzw. auch Gegenstand eines freien Gewerbes und erfordert somit in gewerberechtlicher Hinsicht keine Qualifikation. Daraus folgt, dass etwaige Qualifikationserfordernisse nach dem Gefahrgutbeförderungsgesetz nicht die Frage betreffen, ob eine gewerberechtliche Befugnis vorliegt. Etwaige Qualifikationserfordernisse nach dem Gefahrgutbeförderungsgesetz sind daher vergaberechtlich nicht im Rahmen der Befugnis, sondern gegebenenfalls im Rahmen der – gegenständlich vom Nachprüfungsantrag nicht umfassten – technischen Leistungsfähigkeit abzuhandeln. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass § 32 Abs. 2 zweiter Satz GewO verlangt, dass sich Gewerbetreibende, soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen haben. Dies einerseits deswegen, weil die Qualifikationen nach dem Gefahrgutbeförderungsgesetz – wie ausgeführt – für die Frage des Vorliegens der gewerberechtlichen Befugnis ohne Relevanz sind, zumal davon auszugehen ist, dass die GewO Qualifikationsanforderungen nicht doppelt regelt und daher Qualifikationsanforderungen nach Materien Gesetzen nicht gewerberechtlicher Art wie etwa des GGBG nicht über gewerberechtliche Qualifikationserfordernisse ein weiteres Mal vorgeschrieben werden. Zum anderen würde sogar die Nichterfüllung eines etwaigen

Qualifikationserfordernisses nach § 32 Abs. 2 zweiter Satz GewO keinen Befugnismangel begründen, zumal bereits die Strafnorm des § 367 Z 33 GewO klarstellt, dass eine Inanspruchnahme der sonstigen Rechte, ohne sich dabei gemäß § 32 Abs. 2 zweiter Satz GewO entsprechend gewerberechtlich qualifizierter Fachkräfte zu bedienen, keine unbefugte Gewerbeausübung, sondern eine davon zu unterscheidende Übertretung einer gewerberechtlichen Bestimmung darstellt.

Wenn die Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen argumentiert, die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter würde im § 32 Abs. 1 Z 1 letzter Fall GewO Deckung finden, so ist dazu festzuhalten, dass eine derartige Argumentation insbesondere erfordert, dass die damit einhergehenden Leistungen anderer Gewerbe lediglich in einem geringen Umfang erbracht werden sowie die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin können die Leistungen als Gefahrgutbeauftragter nicht in Relation zur Gesamtleistung der Bietergemeinschaft gesetzt werden, weil die Bietergemeinschaft mangels Rechtsfähigkeit weder Gewerbetreibender im Sinne des § 32 Abs. 1 Einleitungssatz GewO sein kann noch es sich bei den Betrieben der Mitglieder der Bietergemeinschaften insgesamt um einen Betrieb der Bietergemeinschaft im Sinne des § 32 Abs. 2 erster Satz GewO handeln kann. Einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter dennoch auf § 32 Abs. 1 Z 1 letzter Fall GewO gestützt werden kann, kommt jedoch nach Ansicht des Senates im Anlassfall lediglich theoretische Bedeutung zu. Wie oben bereits ausgeführt, ist nämlich eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den einzelnen Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Z 1 letzter Fall GewO hinsichtlich der Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter gar nicht erforderlich, weil sich das Recht, die Tätigkeiten als Gefahrgutbeauftragter zu erbringen, gegenständlich bereits aus § 32 Abs. 1 Z 11 GewO ergibt.

Nicht zuletzt können wesentliche Teile der Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten als Teiltätigkeit des freien Güterbeförderungsgewerbes auch über § 29 GewO unmittelbar auf die Befugnis zur Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht gestützt werden. Diese Möglichkeit findet – wie bereits ausgeführt – im Wesentlichen erst dort ihre Grenzen, wo diese Gefahrguttransporte nicht im Straßenverkehr mit Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t

Gesamtgewicht, sondern auf andere Weise erfolgen sollen. Da jedoch festgestellt wurde, dass mit Gefahrguttransporten im Straßenverkehr mittels Kraftfahrzeugen bis zu 3,5 t Gesamtgewicht alleine nicht das Auslangen gefunden werden kann, kann der letztgenannte Begründungsansatz nicht sämtliche Tätigkeiten als Gefahrgutbeauftragter abdecken, sondern belässt einen Restbereich, welcher befugismäßig einen Rückgriff auf die oben ausgeführten sonstigen Rechte erfordert.

Zum Winterdienst:

Hinsichtlich des Winterdienstes greift das sonstige Recht des § 32 Abs. 1 Z 11 GewO – anders als hinsichtlich der Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter – nicht. Dies ist darin begründet, dass die Tätigkeit des Winterdienstes nicht als einfache Teiltätigkeit einem bestimmten reglementierten Gewerbe zugeordnet werden kann. Insbesondere ist eine derartige Zuordenbarkeit auch weder zum Handwerk der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger noch zum konzessionierten Güterbeförderungsgewerbe möglich. Hingegen handelt es sich bei den in Rede stehenden Tätigkeiten des Winterdienstes um Tätigkeiten, die grundsätzlich Gegenstand eines entsprechenden freien Gewerbes sind und allenfalls, was im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist, auch im Rahmen von anderen Gewerbeberechtigungen ausgeführt werden dürfen. Es fehlt also – im Gegensatz zum Gefahrgutbeauftragten – an einer spezifischen Zuordenbarkeit der Tätigkeiten des Winterdienstes zu einem konkreten reglementierten Gewerbe.

Zunächst ist zum Einwand der Antragsgegnerin, soweit es sich nicht um Schneeräumung von Verkehrsflächen handle, könne Schneeräumung „von jedermann ohne spezielle Befugnis“ und somit „etwa von jedem Hauseigentümer“ durchgeführt werden und sei für Schneeräumung daher keine Gewerbeberechtigung erforderlich, auszuführen, dass derartige Schneeräumungen offenkundig nicht Gegenstand der Ausschreibung sind. Der von der Antragsgegnerin damit angesprochene Liegenschaftseigentümer vermag sein Recht, Schnee zu räumen – unabhängig davon, ob sich die Schneeräumung auf Verkehrsflächen bezieht oder nicht – aus seinem Liegenschaftseigentum ableiten, was auf die Auftragnehmerin jedenfalls nicht zutrifft. Der

Antragsgegnerin ist zwar insoweit Recht zu geben, als Schneeräumung in gewissen Grenzen gemäß § 2 Abs. 1 Z 8 GewO 1994 als gegen Stunden- oder Taglohn oder gegen Werksentgelt zu leistende Verrichtung einfachster Art vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen ist. Die ausschreibungsgegenständlichen Winterdienstarbeiten sollen aber nicht jeweils im Anlassfall gegen Stunden- oder Taglohn oder vergleichbares Werksentgelt an Einzelpersonen vergeben und stunden- oder anlassweise abgerechnet werden, sondern es soll im Vorhinein ein Unternehmer beauftragt werden, der die Durchführung der Winterdienstarbeiten entsprechend zu organisieren und ihre Durchführung sicherzustellen hat. Damit ist auf der Seite des Auftragnehmers eine unternehmerische Organisation und arbeitsteilige Ausführung erforderlich, was jedenfalls bereits das Vorliegen einer vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommenen „Verrichtung einfachster Art“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 8 GewO ausschließt. Die Tätigkeiten des Winterdienstes müssen daher befugnismäßig, wie die Antragstellerin zu Recht argumentiert, mit einer Gewerbeberechtigung abgedeckt sein.

Vorweg kurz festzuhalten ist zunächst, dass die Argumentation der Antragsgegnerin, Güterbeförderer wären zu Leistungen des Winterdienstes – unmittelbar – befugt, im Anlassfall nicht zum Erfolg führt. Zwar wäre über § 29 GewO durchaus argumentierbar, dass Güterbeförderer die im Rahmen ihres Gewerbes für die Güterbeförderung verwendeten Kraftfahrzeuge im Winter für Schneeräumung und für das Streuen von Verkehrsflächen einsetzen und diese Tätigkeiten über die Identität der verwendeten Fahrzeuge und gewisse Ähnlichkeiten der Tätigkeiten sowie im Hinblick auf die historische Entwicklung und die Ansichten der beteiligten gewerblichen Kreise im Berechtigungsumfang des jeweiligen Güterbeförderungsgewerbes enthalten sind. Es wurde jedoch im Verfahren nicht erwiesen, dass die S. die in Rede stehenden Winterdienste auch nur teilweise mit den Kraftfahrzeugen durchführt, die sie im Straßenverkehr für die Güterbeförderung einsetzt. Die Antragsgegnerin hat dazu in der mündlichen Verhandlung lediglich angegeben, dass die Schneeräumung auf den Gehsteigen motorisiert „mit einer Art Kleintraktor“ erfolgen würde. Solche „Kleintraktoren“ mögen zwar als selbstfahrende Arbeitsmaschinen (§ 2 Abs. 1 Z 21 KFG) durchaus Kraftfahrzeuge unter 3,5 t Gesamtgewicht sein, sind aber offenkundig keine im Rahmen des freien Güterbeförderungsgewerbes für die

Güterbeförderung eingesetzten Straßenfahrzeuge. Darüber hinaus enthalten die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen des Winterdienstes unstrittig auch solche Tätigkeiten, die nicht motorisiert erfolgen. Die Tätigkeiten des Winterdienstes können somit im Anlassfall nicht unmittelbar auf den Berechtigungsumfang des freien Güterbeförderungsgewerbes gestützt werden.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass eine etwaige Befugnis der S., die Tätigkeiten des Winterdienstes auszuführen, gemäß § 32 Abs. 1 GewO auf ein sonstiges Recht dieser Gesellschaft als Gewerbetreibende gestützt werden muss. Als solches sonstige Recht bietet sich nach Ausschluss des § 32 Abs. 1 Z 11 GewO folglich im Wesentlichen nur mehr § 32 Abs. 1 Z 1 letzter Fall GewO an.

Bei den Feststellungen des maßgeblichen Sachverhaltes wurde ausgeführt, dass sich der prozentmäßige Anteil der von der S. auszuführenden Leistungen des Winterdienstes an den von dieser Gesellschaft insgesamt auszuführenden Leistungen mit 0,85 % bemisst. Ein Ausmaß von 0,85 % liegt klar in einer Bandbreite, die jedenfalls geringfügig im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO ist. Am Vorliegen eines „geringen Umfanges“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ändert sich auch dann nichts, wenn man die von dieser Gesellschaft ebenfalls auszuführenden Tätigkeiten eines Gefahrgutbeauftragten, die sich mit 1,325 % an ihrer Gesamtleistung bemessen, hinzurechnet, zumal eine Addition dieser beiden Prozentsätze lediglich einen Wert von 2,175 % ergeben würde und damit nicht einmal in der Nähe von Prozentsätzen wäre, die gegebenenfalls das Ausmaß eines „geringen Umfanges“ im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmung überschreiten würden.

Wenn die Antragstellerin die Tätigkeiten des Winterdienstes in Bezug setzt zu Tätigkeiten, welche die S. als „Haupttätigkeiten“ der Ausübung des freien Gewerbes der Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen bis zu einem Gesamtgewicht von 3,5 t auszuführen habe, so ist dem entgegen zu halten, dass es auf eine Zuordnung zu „Haupttätigkeiten“ des freien Güterbeförderungsgewerbes nicht ankommt. Wie bereits zu den Tätigkeiten als Gefahrgutbeauftragter ausgeführt wurde, räumt § 32 Abs. 1 GewO sämtliche sonstigen Rechte nicht einer spezifischen Gewerbeberechtigung zu, sondern einem Gewerbetreibenden, der gegebenenfalls – wie die S. – auch über mehrere

Gewerbeberechtigungen verfügen kann. Auch ist, wie ebenfalls anlässlich der Tätigkeit des Gefahrgutbeauftragten ausgeführt wurde, der im § 32 Abs. 2 GewO angeführte Begriff des Betriebes nicht mit der jeweiligen Gewerbeberechtigung gleichzusetzen, sondern kann ein Betrieb vielmehr auch – wie im Anlassfall durch die S. – eine unternehmerische Tätigkeit sein, die sich befugnismäßig auf mehrere Gewerbeberechtigungen stützt.

Wenn die Antragstellerin argumentiert, die Tätigkeiten des Winterdienstes würden in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem von der S. ausgeübten freien Güterbeförderungsgewerbe stehen, so ist dem entgegen zu halten, dass § 32 Abs. 1 Z 1 letzter Fall GewO in qualitativer Hinsicht lediglich das Vorliegen einer wirtschaftlich sinnvollen Ergänzung der eigenen Leistungen verlangt. Eine solche wirtschaftliche sinnvolle Ergänzung der eigenen wirtschaftlichen Leistungen wird aber gerade darin bestehen, dass die Teilnahmeberechtigte zur Abrundung der eigenen Leistungen – hier eines durch die Ausschreibung näher definierten Leistungsbild eines „Facility-Managements“ – gerade auch Leistungen erbringt, die sich auf dem Gebiet eines anderen Gewerbes als jener Gewerbe bewegen, über welche die Gesellschaft bereits verfügt. Genau ein solcher Fall liegt gegenständlich auch vor. Die wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung liegt dabei gerade darin, dass der Auftragnehmer in der Lage ist, die von ihm angebotenen Leistungen eines vom Auftraggeber in einem weiteren Sinne definierten Begriffes des „Facility-Managements“ zu erbringen und sowohl der Auftraggeber die Leistung aus einer Hand erhält als auch der Auftragnehmer aus einer Hand erbringt, ohne dass es für ergänzende Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang der Bestellung von Subunternehmern bedürfen würde. Bezogen auf den Anlassfall bedeutet das, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für den Winterdienst vorgesehene Subunternehmerin jedenfalls keine aus Gründen der Befugnis notwendige Subunternehmerin war, weil die Befugnis der S. über deren sonstige Rechte auch für die Erbringung der Leistungen des Winterdienstes ausreichend war. Die Argumente der Antragstellerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin den für die Tätigkeit des Winterdienstes vorgesehenen Unternehmer bereits mit dem Erstanteangebot als notwendigen Subunternehmer bekannt zu geben hätte, geht aus diesem Grund ins Leere.

Zum Vorwurf der Ausschreibungswidrigkeit:

§ 129 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 7 BVergG samt Überschrift lautet:

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

(...)

7. *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;"*

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei der Erstellung ihres Letztangebotes die am 15.10.2015 erfolgte Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen nicht mehr berücksichtigt habe, wäre nach dieser Gesetzesbestimmung im Fall ihres sachverhältnismäßigen Zutreffens grundsätzlich geeignet gewesen, ein etwaiges Erfordernis des Ausscheidens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu begründen.

Aus dem Vergabeakt geht jedoch nachvollziehbar hervor, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgegebene Angebot in keinem Widerspruch zu dieser Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen steht. Die diesbezügliche Prüfung durch die vergebende Stelle und die Bewertungskommission, die im Vergabeakt dokumentiert ist, erwies sich in dieser Hinsicht als plausibel nachvollziehbar, und auch die Art und der Umfang der Berichtigung selbst, die lediglich in zwei Punkten mögliche Widersprüche zwischen den Vorgaben für die Kalkulation der Leistungen und dem Ausfüllen des Summenblattes durch Richtigstellungen betreffend das Summenblatt beseitigt hat, machte plausibel, dass sich eine etwaige Nichtberücksichtigung der Berichtigung lediglich in einem falsch ausgefüllten Summenblatt hätte auswirken können und sich aus der antragsgegnerseitig geprüften rechnerischen Richtigkeit der Kalkulation und dem korrekt ausgefüllten Summenblatt logisch auch die Berücksichtigung dieser Berichtigung ergibt. Auch lag keine Veränderung des Summenblattes durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Letztangebot vor. Die von der

Antragstellerin insoweit vermuteten Ausschreibungswidrigkeiten lagen somit nicht vor.

Zusammenfassung:

Die Antragsbefugnis der Antragstellerin lag vor, weil hinsichtlich der Antragstellerin das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes nicht offenkundig war.

Hinsichtlich der Tätigkeit als Gefahrgutbeauftragter konnte sich die S. als Gewerbetreibende insbesondere auf ihr sonstiges Recht stützen, einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis – gegenständlich für Beratende Ingenieure – nicht erfordert, auszuüben (§ 32 Abs. 1 Z 11 GewO).

Hinsichtlich der Tätigkeiten des Winterdienstes konnte sich die S. als Gewerbetreibende auf ihr sonstiges Recht stützen, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, welche die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen (§ 32 Abs. 1 Z 1 letzter Fall GewO).

Der von der Antragstellerin weiters geltend gemachte Ausscheidensgrund, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei der Erstellung ihres Letztangebotes die am 15.10.2015 erfolgte Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen nicht berücksichtigt bzw. – aus einer solchen Nichtberücksichtigung heraus – das Summenblatt eigenmächtig abgeändert habe, lag nicht vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen 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 außerordentliche 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, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr.ⁱⁿ Lettner